DEL TENTATIVO

TRATTATO

DI

NICCOLA NICOLINI

PROFESSORE DI DRITTO

NELLA REGIA UNIVERSITÀ DEGLI STUDÎ

SOCIO CORRISPONDENTE DELLA REALE ACCADEMIA DELLE SCIENZE DI NAPOLI, E DELL' INSTITUTO DI FRANCIA.

TERZA EDIZIONE

NAPOLI

TIPOGRAFIA DEL REAL MINISTERO DEGLI AFFARI INTERNI

1844.

Occupat; et quoniam precibus tentata repugnas,
Vim parat, innectens ambobus colla lacertis:
Quod nisi venisses, variatis saepe figuris,
Ad solitas artes, AUSO FORET ILLE POTITUS.
OVID. *de Peleo*, Met. XI, v. 239.

DEL TENTATIVO

SOMMARIO.

A MIO FIGLIO

GIOVAN-BATTISTA NICOLINI

SUNTO DI LEZIONI.

Sez. I.

Definizioni e principii.

All' udire le mie lezioni sul *tentativo* de' reati e sulla *complicità* (1), il vostro animo, mio carissimo figlio, sembrami rimasto tuttavia in desiderio dello scioglimento di alcuni dubbî, che intorno a tal materia da qualche giureconsulto, sì nostro che straniero, si riproducono ogni giorno. Amo che li disvestiate voi stesso, non solo leggendo scritto e meditando con agio quanto dalla cattedra ho detto, ma riscontrando ne' loro fonti gli autori che ho citati, particolarmente per le prime origini, e per tutta la storia di questa parte del dritto. Io sostengo che dar la pena del misfatto consumato ad alcuno degli atti che lo precedono, è contrario alla natura delle cose ed alla conscienza universale, e perciò nè giusto, nè politico;

---

(1) Questo sunto di lezioni sul *tentativo*, che ora si riproduce con molte addizioni, relative in particolarità allo stato ultimo della legislazione francese, fu dettato in gennaio 1832 per uso di mio figlio, oggi giudice della gran-corte civile di Messina, il quale allora usciva dall' alunnato di giurisprudenza, ed otteneva dalla sovrana munificenza il grado di giudice di tribunal civile. Le lezioni sulla *complicità* che si riferiscono a queste, vennero fuse nel 1837 in una mia *conclusione* all' udienza della corte suprema, conclusione pubblicata al n. XXII, vol. 4, *Quistioni di dritto*.

che l'autorità dell'antichissima sapienza italica vi si oppone; che l'art. 2 del cod. pen. francese non è tratto, come vantano alcuni, dal genuino dritto romano, ma dal modo falso d'intenderlo in tempi in cui prevalse *vafri scientia iuris*; che il concetto legislativo de' nostri antichi è alla sua purità restituito dagli art. 69 e segg. delle attuali nostre leggi penali (1); e che questi nostri art. ebbero precursore, come ora possono avere interpetre e comentatore, il costante uso del foro napolitano.

---

(1) Giova in tutta questa disquisizione tener presenti fin dal principio sì fatti *art.* delle nostre ll. penali del 1819.

« *Art.* 69. Chiunque colla volontà di commettere un misfatto giunge ad atti tali di esecuzione, che nulla rimanga per la sua parte onde mandarlo ad effetto, se questo non ha avuto luogo per circostanze fortuite ed indipendenti dalla di lui volontà, è punito con un grado meno del misfatto consumato: salve le eccezioni in alcuni casi particolari preveduti dalla legge. »

» Questa specie di tentativo chiamasi *misfatto mancato*.

» *Art* 70. Il tentativo di un misfatto che non ha avuto luogo anche per circostanze fortuite ed indipendenti dalla volontà del colpevole, se sia manifestato con atti esteriori prossimi alla esecuzione, tali però che ancora rimanga all' autore qualche altro atto per giungere alla consumazione del medesimo, è punito con uno a due gradi meno della pena del misfatto consumato: salve anche le eccezioni in qualche caso particolare dalla legge preveduto. »

» Questa seconda specie di tentativo chiamasi *misfatto tentato*. «

» *Art.* 71. I tentativi de' delitti e delle contravvenzioni non sono imputabili che ne' casi specialmente determinati dalla legge. »

» *Art.* 72. Ne' reati mancati o tentati, in modo però che gli atti di esecuzione costituiscono per se stessi un reato consumato, si farà confronto fra la pena di questo reato consumato, e quella del reato tentato o mancato, e si applicherà la più grave. »

» *Art.* 73. Se il corso del reato sia stato interrotto per causa del pentimento del colpevole, egli allora non soggiacerà che alla pena degli atti già eseguiti; quante volte sieno dalla legge caratterizzati per reati. «

La qual discussione ci porta a graduare l'andamento d' un' azione criminosa dal primo movimento dell' animo sino alla esecuzione piena del proposito; corso di atti, composto in parte di movimenti interni dell' animo, ed in parte di movimenti prodotti al di fuori da' nostri organi esteriori. Giova cominciare, come per noi si suole, dalla significazione de' nomi di dritto i quali indicano di queste due serie i punti più rilevati; ma uopo è distinguervi sempre la differenza tra la significazione comune e quella della scuola. Il sofisma è là dove ad un nome di legge, impiegato già nel significato più grossolano e comune, ritenendosi la stessa sanzione penale, si dia una significazione astratta e filosofica, ovvero per contrario dove la voce è impiegata nello stretto senso filosofico, venga nella interpetrazione ad estendersi per tutta la intelligenza volgare. Discorriamo dunque questa varietà di significazioni: la intelligenza delle leggi antiche tutta ne dipende.

2. In alcuna di esse troviamo scritto, *si punisce il consiglio*, *si punisce la volontà*, *si punisce l' affetto*: non è per ciò, come piacque ad alcuni che si desse pena a' meri movimenti dell' animo (1). E così nella serie degli atti esteriori, per

(1) Queste voci fondamentali del dritto penale non sono impiegate sempre nella stessa significazione. Non è erudizione vana, ma necessità per ben interpetrare le leggi romane secondo le loro epoche ed i casi, il riandare le varietà di queste significazioni, e determinarne la gradazione.

Consilium, *a consulendo simul*, fu voce che fin dalla sua origine dimostrò, non il nudo interno pensiero, ma un fatto esterno nella riunione di più persone onde comunicarsi a vicenda i pensieri: poi passò ad essere impiegata per indicare l' operazione della mente nel mettere entro di sè in consulta i pensieri proprî, comparandoli e giudicando: da ultimo *consiglio* fu intenzione e proposito di fare o non fare. Per la progressione medesima di significato andò pure la voce *conscientia*, come vedremo nel trattato *sulla complicità*. — Quando l' ef-

conato non s' intese puramente lo sforzo a superare l' ostacolo; nè con la frase, *si punisce l' attentato*, s' intese mai il solo primo arrischiarsi e

---

fetto nasce dall' uomo e da determinazione dell' animo, dall' *effetto* si argomenta il *consiglio* che il produsse e ne governò i modi: quindi è facilissimo il dare a quello il nome di questo, per la relazione intima ch' è tra l' *effetto* e la *causa*. Per lo che chi dice, *portar la pena del consiglio*, non dice già che il *nudo consiglio* dee punirsi, ma spiega l' idea fondamentale di dritto, che l' *effetto* operato dall' uomo non può essere imputabile che in quanto proviene dal *consiglio*, o sia dalla determinazione dall' animo che dispone a provveduto fine i movimenti fisici ch' erano a sua libera disposizione di produrre o non produrre. L' esterna azione fisica dell' uomo non è che fenomeno, immagine, parola reale dell' interna dell' animo.

Voluntas, *volontà*, da *volo*, *vis*. — E *vis mentis*, forza e facoltà propria dell' uomo, per la quale le cose che il *consiglio* dentro risolve, ei volge in atto al di fuori, dentro la sfera di azione di quegli organi che son messi dalla Provvidenza a sua libera disposizione Presa astrattamente la voce, è potenza e forza di fare, sceverata e dal consiglio e dal fatto. Ma questa astrazione non è in natura: la *volontà* proviene sempre dal *consiglio*, e secondo i suoi gradi va innanzi fin che diventa produttrice del fatto: ella riassume in sè quanto si opera nella mente, cominciando dal primo cenno di lei che raccoglie i pensieri a *consiglio*, sino allo sbocco dell' azione esteriore. I gradi, conservatine nella lingua del dritto, son cinque; *voglia*, *desiderio*, *intenzione*, *proponimento*, *impulsione all' atto esterno*. Il primo è quasi irriflessivo; l' ultimo è coscienza d' impero ed esecuzione: ne' tre di mezzo la *volontà* che assentisce, si mesce sempre con la forza crescente del *consiglio*. Quindi *volontà* è sovente lo stesso che *intenzione*, *proponimento*, *voglia* e *desiderio*, quantunque per un' analisi più precisa si assegni all' *intenzione* minore efficacia del *proponimento*, perciocchè è men ferma, ed il suo fine non si vede sì prossimo ad attuarsi; mentre al *proponimento* si dà un' idea più forte e determinata, *tenax propositi* di ORAZIO, quantunque nemmeno ne sia sempre prossimo l' effetto: *voglia* all' incontro, è molto meno di *desiderio*, perchè più vaga e più generale di esso, nè diviene *desiderio*, che quando il *consiglio* comincia a determinarsi: allora agendovi egli più fortemente, produce l' *intenzione*, ed in fine il *proponimento*. La *volontà* dunque, propriamente detta, si scuote per la *voglia*, e pro-

muoversi ad un *effetto*; ma se non vi si affisse l'idea della consumazione intera del fatto, si volle almeno indicare quella parte del fatto la quale fu

---

cedendo sino al *desiderio*, si rinforza con la deliberazione del *consiglio*; men efficace quando non genera che *intenzione*; efficacissima quando diventa tenacità di *proposito*: qui la *volontà* opera con piena conoscenza di causa, che è sempre più debile e di *consiglio* più *precipitoso* ne' gradi precedenti. Nondimeno vi è sempre *volontà*, tenue in prima e nascente, fin che attuata è facile il confonderla con l'atto volontario. Nell'interpetrare dunque *voluntas*, voce di genere nelle leggi antiche, convien guardare qual sia il suo grado, e quale il significato nel quale essa è presa. La legge non è scritta per i dotti, ma pel popolo; nè può usar le parole che nel significato popolare, il quale benchè vario, vien determinato a più o men piena significazione dal senso comune, secondo il tempo, il contesto e la ragione del discorso. Questi gradi di volontà vedremo appresso ritratti e rappresentati dalla esterna azione.

Affectus è da *afficior*, *affectus sum* (son tocco, son commosso, sono stato percosso). Non è voce di *azione*, come *consulo*, *volo*, ma di *passione*: quindi le frasi, *affici voluptate*, *laude*, *honore*, *satietate*, *doloribus*, *morte*, *poena*. Per lo che *affectus*, è ogni commozione interna che proviamo da cause che agiscono sul nostro animo, sia che la proviamo senza nostra volontà, per cagione improvvisa e passaggiera, produttrice di *voglie*, e poi di *desiderî*; sia che mescendovisi il nostro assenso ancor dubbio, ci spinge per *intenzioni* mal determinate, e fra *perturbazioni* qua e là tanto varie, quanto subite e concitate; sia che accolta e confermata dal consiglio, diventi *proposito* sì permanente, che se ne faccia un

Abito poi, difficile a mutarsi.
Ariosto, *Fur.* XXXVI, 1.

In questo ultimo stato l'*affetto* è *passione*: quindi i gradi dell'*affetto* nella nostra lingua sono tre, *desiderio*, *perturbazione*, *passione*. Quando ei va di accordo con la ragione nella convenienza costante con l'umana natura, l'affetto è virtuoso, perchè toglie l'uomo dall'inerzia macchinale, e lo spinge a ben consigliarsi, a ben vedere, a ben fare. Per contrario *lumine mentis carentem, recte philosophi affectionem animi nominaverunt amentiam* (Cic. *Tusc.* III, 10).

I giureconsulti talvolta impiegarono la voce *affetto* per proposito e volontà determinata: *in omnibus rebus quae do-*

in poter dell' uomo di produrre. Questo solo primo sbocco appartiene tutto alla causa intelligente che ne ha conceputo e rivolto in atto il disegno: il resto, ma dietro l' impulso dato, segue le leggi universali delle forze vive de' corpi messi in movimento. Per lo che avvenne che nel linguaggio comune, il quale fu sempre quello degli antichi legislatori, i nomi di dritto, *consiglio*, *volontà*, *conato*, *attentato*, *effetto*, ebbero assai complesse, benchè pur graduate, significazioni: la prima di esse si legava alle seguenti, e l' una riteneva sempre qualche cosa dell' altra. I filosofi con le loro astrazioni ridussero i nomi a segni d' idee più precise; e *conatus* per essi fu propriamente *stato di sforzo*, sceverato nella mente dell' uomo dal movimento effettivo; e mentre il linguaggio popolare confonde nel *conato* le prime, ed anche le ulteriori mosse d' un corpo già sospinto verso di un punto, essi dissero *vis in conatu* la forza abile a muoversi, ma che non ancora si muove. E pure i fisici nemmeno osano tanto astrattamente concepirlo, perchè vi considerarono sempre una serie perpetua di movimenti incessanti, ma infinitamente sì piccioli, che non si rendono sensibili all'uomo fuor che col peso. Questo *conato* dunque, ove sia lo stesso di ciò che alcuni chiamano *forza*

---

minium transferunt, *concurrat*, *oportet*, AFFECTUS *ex utraque parte contrahentium* (L. 55, XLIV, 7, *da obligationibus et actionibus*): talvolta la posero per libera determinazione, mossa non da necessità servile, ma da *consiglio*, come p. e. nella libera accettazione del mandato; quindi *necessitas servilis* in opposizione alla frase, *gerendi negotii* AFFECTIO (L. 19, § 3, D. III, 5, *de negotiis gestis*): talvolta infine per uso d' intelletto e per giudizio; quindi di un editto pretorio fu detto: *hoc edicto neque pupillum neque furiosum teneri constat*, *quia* AFFECTU *carent* (L. 1, § 5, D. XLIII, 4, *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*). In tutte queste significazioni prende la voce *affetto* chi nei reati lo contrappone ad *effetto fisico*; e per tutte queste significazioni vanno i *reati di mero affetto* del SIMONI.

morta, e che gli antichi dicevano *vis suspensa, vis cessans, forza in cesso* di DANTE (1), non fu per essi *effetto*, e nemmeno cominciamento, ma causa prossima dell' effetto, mentre nel concetto comune esprimeva tutto il corso dell' azione fino a tanto ch' ella non giunga alla meta. Imperocchè in ogni punto di esso, per la parte che se n' è trascorsa, la potenza si è già ridotta in atto; ma per la parte che rimane sino al suo fine, è tuttavia in istato di *sforzo*, e può sempre venir arrestata e sviata. Non si biasimi dunque il buon giudizio degl' Itali antichi, se ogni punto di tal corso, tranne l' estremo, dissero *conatus*, voce che rimase qual nome di genere in ogni sforzo, anche bruto. Esso fu nelle azioni umane volontarie chiamato più propriamente *ausus* e *tentamentum*, da cui la nostra voce *tentativo* (2). Così *conatus* è più generale; *ausus* (e presso di noi *tentativo*) è proprio dell' uomo: voci di genere, comuni a tutti i punti della serie esterna dell' azione, tranne l' ultimo

---

(1) V. la nostra *Proc. pen.* I, § 815, 1025.

(2) *Conatus* è da *niti*, *adniti*, *conniti*, il quale ultimo verbo indica lo sforzarsi con tutto il potere. La deduzione del potere all' atto, *posse ad actum*, dice Vico, si genera dal *conato* (*De antiq. it. sapientia*, cap. 4, § 1). Nel *conato* nulla, a vero dire, è di *effetto fisico*: esso è il principio da cui nasce l' *effetto*. Quindi *conato* è talvolta il primo sforzo fisico degli organi esteriori: nell' uomo poi rimonta alla *volontà*, ed è *ausus*, figlio del *proposito*, della *intenzione*, del *consiglio*.

Tentare, forse da *teneo*, il cui supino è per l' appunto *tentum* (*iam iam manu tenet*), significò in prima, *toccando esplorare*. Fu poscia sforzarsi di fare, la qual significazione è più netta in *tensus*, *tensio:* quindi *tentare* è *audere*, *ausus*, *conari*; è il punto in cui il *conato* stesso, sforzo del *posse*, animato dalla *tendenza*, si volge all' *atto*. Per lo che *tentare* è *far pruova*, ed è pure *mettersi al cimento*, *arrischiarsi*, *assalire:* quindi *attentatio*, *attentarsi* ed *attentato*; voce che dal suo inizio trascorre talvolta per tutto il movimento, anteriore alla meta ultima che alcuno si propone. Per tutti questi significati andava, propriamente per l' uomo, *tentamen-*

cui questa mira. Ciascuno di essi è sempre *volontà attuata*; ma riferendolo all'effetto pieno, è *non per-*

---

tum, *tentativo*; e con voce sì fatta è spesso rappresentata tutta la serie de' movimenti umani, fino a che non se ne raggiunga il fine. Quindi Ovidio (*Met.* XV, v. 628) prevenne uno de' principii massimi di Vico co' versi seguenti:

> *Postquam mortalia cernunt*
> TENTAMENTA *nihil*, *nihil artes posse medentum*,
> *Auxilium coeleste petunt.*

Portata ciascuna di queste voci a più particolare significazione, *tentativo* è più di *attentato*, come *attentato* è più di *conato*, e *conato* più di *tendenza*. Oggi non usiamo più la voce *conato* nelle leggi: ella è rimasta a' fisici nel senso di *tendenza* della forza fisica, ed anche di *sforzo* del suo *posse*, astratti dal movimento.

Effectus, quasi *factus e*, o sia *e causa*, è tutto ciò che proviene dal *posse*, quando questo è già volto all' atto. L' *effetto* è *pieno*, quando è tutto quello che la causa può produrre; è *incoato*, o *a mezzo*, o *prossimo* al fine, quando pria di compiersi, si arresta. *Hoc in itinere*, *illud in meta est*:

> *Chè questo è in via*, *e quello è già a riva.*
> DANTE, *Purg.* XXV, 54.

Le tre voci *conari*, *tentare*, *efficere*, non è difficile che si confondano, perchè sforzo attuato è il corso dell' azione in ogni suo punto: quindi con le frasi, *tentare maria*, *tentare praelia*, *tentare vires in arcu*, ecc, s' intese più che *far pruova*, ma in senso traslato. Ma *tentare*, propriamente parlando, è dello slanciarsi e sforzarsi di raggiungere, sino al *iam iam manu tenet*, da cui è originata la voce. Quindi è voce di genere di tutti gli atti che precedono l'effetto pieno e vanno ad esso.

> *Mugitus cum prima in praelia taurus*
> *Terrificos ciet*, *atque irasci in cornua* TENTAT.
> VIRG. *Aen* XII, 103.
> *Et* TENTAT *sese*, *atque irasci in cornua discit.*
> VIRG. *Georg.* III, 232.

E così pure nell' interno dell' animo tutta la serie de' voleri fino al proposito sono *conati*, *pruove*, *tentativi*. Nel *proposito* è la *volontà piena*, compimento di tutta la deliberazione. Da ciò nasce che diciamo *tentazioni*, tutt' i motivi che ci spingono, prima a deliberare, e poi a determinarci. Il peccato nella legge evangelica non è che una tentazione attuata.

fectio, *at conatus tamen atque adumbratio* (1).

3. Or prendendo tutta la serie degli atti esteriori per i quali progredisce l'azione prima ch'ella diventi perfetta, se il *conato* vi è giunto solamente ad accennarla ed adombrarla, ciò ne fa certi che la sua forza non era tale da superare tutti gli ostacoli possibili, atti ad impedirne il compimento; principio di fisica esperienza che regola tutta la teoria del *tentativo* È assurdo il dire che *conato* di forza fisica ed *effetto* indichino lo stesso. È così è assurdo nelle cose morali che *ausus* (*tentativo*) produca lo stesso danno sociale che il reato avvenuto. Nel primo non è che pericolo, probabilità e paura, ove l'atto si arresti per qualunque causa esteriore, non appena che il colpo partì dal colpevole. È vero che solo il colpo volontario, quando si ha l'*effetto* di mira, è calcolato per la imputazione; ma appunto perchè ne' fatti esterni attribuiti all'uomo, la natura delle cose gli li rende solo imputabili per l'impulso volontario che li produce, ciò esige che questo sia con la tal forza e nel tal modo, che quelli, seguendo le lor leggi fisiche, si risolvano necessariamente nell'effetto dannoso Se questo effetto è il voluto, l'uomo n'è imputabile per aver attuata la sua conoscenza esatta del rapporto tra l'instrumento ch'ei mosse, gli ostacoli ch'ei dovea superare, e l'effetto ch'ei volle. Ma se effetto non ne nasce, è chiaro, o ch'ei volle l'impossibile, il che lo farebbe più stolto, che reo; o che la mente, determinatrice della volontà, non seppe prevedere que' giuochi di sorte al di fuori, i quali esigevano altri mezzi ed altra direzione di forza. Il concetto allora mal si direbbe *consiglio intiero*, e l'impeto cieco mal si direbbe *proposito* e *volontà*: per dirsi tali fa d'uopo che sieno sì efficaci e sì pieni, che pieno ne scaturisca l'effetto. Ciò che

(1) *Adumbrare* è metafora tolta dalla pittura: è il nostro disegnare, abbozzare. — Cic. *Orator ad Brutum*, 29.

manca all' effetto per cause che agiscono fuori dell' uomo e frastornano il suo disegno, non è forse dovuto in parte al difetto della mente che non si è trattenuta a prevenirle, con prender tempo più atto ad assicurarsi meglio de' mezzi, e dar più certa direzione a' suoi colpi? La *volontà* dunque di produrre un *effetto dannoso*, se non è manifestata che co' soli primi atti esteriori d' un cominciamento di esecuzione, ha di sua natura una perversità minore, ed è di minor pericolo di quella che sia sì accuratamente consigliata e sì efficace, che raggiunga tutto il suo fine. Per la qual cosa, onde punirla pienamente, ella debb' essere con l'*effetto* stesso congiunta. La *conscienza universale*, eco costante della voce della natura, non può intendere punizione di *consiglio* e di *volontà*, se non considerandone investito l' effetto. Qual freddo cuore non rimarrebbe indegnato al supplizio dell' infelice, il quale vedesse tra i suoi spettatori vivo e sano colui, contro del quale invano ei diresse il suo colpo, perchè o fu la mano mal ferma, o egli privo d' antivedimento?

4. E ciò diresse la significazione di tai voci nelle leggi antiche, derivate dalla natura delle cose e da quella equità cui la conscienza universale sosteneva. Nondimeno fu facile l'abusarne, quando la potestà di applicar leggi ed interpetrarle fu presso ad uomini interessati a prendere nel senso d' una scuola sofistica voci impiegate in un senso volgare; tal che volendo per rabbiosa vendetta punire il pensiero dell' uomo, non che le prime manifestazioni di esso, mascherarono la loro crudeltà con l' autorità del dritto de' maggiori. Così avvenne che se l' antico dritto disse talvolta, *si punisce la volontà* o *il conato*, essi v' intesero la *volontà nuda* ed il *nudo sforzo* (1). Per lo che il giureconsulto Trifonino,

(1) E perciò travolgendo il senso delle parole ripetettero, *eadem severitate voluntatem sceleris, quam effectum puniri*

nato a' tempi di MARCO AURELIO, ma che avendo già tremato sotto l'uccisore di PAPINIANO (1), sol respirò pace per ALESSANDRO SEVERO, volle ricordare per l'appunto, che co' nomi *consiglio* e *volontà* non intendevan gli antichi la sola determinazione interna dell'animo, cioè ***si modo eius mentis sit, ut occasione data id commissurus sit***, e nemmeno la iattanza o la proposta fattane ad altri: ***non propositionem solam, nec si id se facturum iactaverit***; ma col dir *consiglio* intendevano spesso, che dietro le spinte d'una volontà determinata si fosse passato effettivamente a qualche atto di esecuzione Anzi egli aggiunse che dal fatto stesso, non da incerte conghietture, ciò dovesse risultare: ***qui ipso facto criminis initium mente deduxerit*** (2): ***ut qui nunquam alienam rem invito domino subtraxerit, numquam alienam matremfamiliam corruperit, si modo eius mentis sit, tamen oportere eadem haec crimina assumpto actu intelligi***, cioè ***cum aliquo actu intelligi constat*** (3). Nel qual frammento, o MIO FIGLIO, io bramo che voi vi fer-

---

iura voluerunt: anzi per dar più chiara una falsa intelligenza al vecchio dritto, aggiunsero, ***ex eo tempore quo hanc cogitationem reus subiit, propter cogitationem dignus est poena***. L. 5 et 6, C. IX, 8; *ad leg. iul. mai.* — V. *infra* § 39.

(1) L'imperatore *Caracalla*, uomo d'indole veramente bestiale, cominciò il suo regno con uccidere il fratello fra le braccia della madre. Poi uccise PAPINIANO, e diè materia ad una tragedia del nostro GRAVINA. Vedete se costui potea perdonare un pensiero. Egli avrebbe trovato, come altri suoi pari, nell'antico dritto, storcendone le parole, la ragione di punire anche un sogno con la pena del misfatto consumato. È così fanno tutti quelli, che DAVANZATI chiamò *storcileggi*; ove l'ingegno sofistico, qual è sempre quello de' malvagi, cerchi coonestare un animo atroce in potere.

(2) *Inire*, *initium*, da *ire in*, mostra già il fisico cominciamento di andare con atti esterni ad un punto, o sia ad un effetto già nella mente determinato; come *exire, exitus*, da *ire ex*, dinota il punto del trapassamento del confine proposto.

(3) TRIFONINO, l. 225 *de verb. sign.*

miate alla frase *assumto actu* : ella dimostra un fatto già consumato, nell' istesso senso che intendiamo in Celso, *assumpto cibo*, ed in Tacito, *assumpta uxore* , *assumptis armis*. Si punisce il consiglio, ma in quanto assume corpo , informando un atto esterno: la parte del fatto già consumata, non la parte che rimaneva a consumarsi, poteva essere da leggi sì eque punita.

5. Che se un fatto vietato dalla legge è sempre, qual effetto di fisica azione, un cangiamento di stato causato da movimento, se ogni movimento, per quanto rapido esso sia, è sempre divisibile all' infinito nello spazio ch' ci percorre, e se in questa divisione ogni grado a cui perviene il suo corso , può essere considerato a parte senza passar oltre, ben possiamo , sciogliendo con l' analisi attuale il buon senso de' nostri avi , distinguere il corso d' ogni azione criminosa nelle due serie di atti delle quali abbiam sopra ragionato, altra interna , altra esterna ; e quest' ultima ne' suoi punti i più rimarcabili, onde vedere come dalla importanza della parte di questo corso più o men vicina alla meta, debba misurarsi la pena. E noi qui amiamo dividere tal seconda serie in cinque gradi, non perchè non possa esserla in più , ma per non perderci in molte minutezze, e perchè tanti e non più ci sembra che ne riconosca la nostra ultima legge. Essi sono *apparecchio*, *attentato* propriamente detto, *tentativo* , *effetto mancato* , *consumazione*.

6. Tutta la serie degli atti interni era indistintamente nelle voci *consilium*, *voluntas*, *cogitatio*; ed i primi quattro gradi , e particolarmente i tre di mezzo della esterna, erano nelle voci *conatus* ed *ausus*. E così se della nostra quintuplice distinzione voi trovate il germe ed i principî nell' antico dritto romano, invano vi cerchereste quest' analisi minuta onde nella legge noi dividiamo e suddividiamo le cose. L' antico dritto era scritto per

casi assai generali, con parole contenenti, non significazioni particolareggiate e ristrette, ma groppi d' idee oltremodo complesse. Chè i Romani antichi celebravano i giudizii, come facevan la guerra: pochi principî e non più; il resto era abbandonato alla prudenza civile del pretore. Allora le sottigliezze del greco Carneade parvero ne' costumi e nel foro pericolose a CATONE IL MAGGIORE (1); nè CICERONE avrebbe osato, più d' un secolo dopo, di eccitare, benchè consolo, il riso de' giudici e del pubblico, riferendo le sottigliezze legali di un SERVIO SULPIZIO (2), se non fosse stato certo di trovar

(1) PLUTARCO, quando nella vita di CATONE IL MAGGIORE parla dello sdegno di lui contro i greci sofisti venuti in Roma.

(2) CIC. *pro Murene*, cap. 7 et seqq. e PLUTARCO nella vita di CATONE UTICENSE. — Ad onta di ciò a chi non è nota l' amicizia di cui CICERONE e SULPIZIO si onoravano a vicenda? (CIC. *Ep fam.* IV, 5. — *De claris oratoribus*, c. 40.) Nella *Filippica* IX si legge una magnifica laudazion solenne che di SULPIZIO fece CICERONE. — Non misurate, mio caro figlio, quei grandissimi uomini col modano e con la mezzacanna di noi picciolissimi CICERONE fu contrario a SULPIZIO ed a CATONE UTICENSE nella causa di *Murena*, e non risparmiò lepidezza per far ridere a spese de' due avversarî gli astanti. Nondimeno traspira da ogni sua frase l' alta venerazione ch' egli nudriva per le loro altissime virtù, ed egli ed essi rimasero sempre fino alla morte sostenitori scambievoli l' uno dell' altro, ed amici caldissimi. CICERONE fece sì che si ergesse a pubbliche spese una statua di bronzo a SULPIZIO, e si celebrassero giuochi pubbl ei in onor suo; e CATONEM *coelo aequavit*, scrivendone la vita, benchè CESARE di cui CATONE era stato tanto nemico, fosse allora dittatore. E CESARE stesso non gli ne volle male, ma solamente *rescripta oratione, velut apud iudices, respondit* (TAC. ann. IV, 34. — PLUTARCO nella vita di CESARE.) Andate ora, e fatevi sfuggire un motto verso un eguale, non che verso un potente; manifestate con un poco di forza una opinione in letteratura, non che in dritto, contro chi presume per grado di saperne più di voi; difendete una causa con zelo: voi siete perduto; ogni amicizia è finita; ed i nostri Sulpizii, i nostri Catoni, i nostri Cesari sono assai benigni, se solamente non vi guardino più in viso, o vi chiamino a duello. Voi dunque, benchè nato a vivere

molti de'suoi uditori, imbevuti ancora profondamente di quegli antichi costumi. Non è già che la metafisica, ma metafisica italiana, non fosse stata sempre la madre della giurisprudenza interpetrativa del dritto antico, la quale non deviando mai dalla equità naturale, ma solamente svolgendo que' groppi ne' loro elementi, riuscì a piegarlo a' casi moltiformi ed a' bisogni progressivi della vita civile. Anzi questo fu il nobile ufizio de' pretori e de' giureconsulti romani, le cui definizioni, date poscia col linguaggio dell' italica filosofia, vennero rivolte in legge nella collezione giustinianea. Giurisprudenza sì fatta, non di formole, ma di equo dritto, non solo non fu derisa, ma venne comentata ed ampliata da Cicerone. Solamente si spregiarono da' saggi le sottigliezze legali in quanto avevan ridotto le azioni a formole scrupolose di arcane parole (1). Che se ne' tempi di tumulti civili e di leggi di eccezioni inique, delle quali Cicerone fu vittima, mancarono talvolta al loro ufizio i pretori, non vi mancarono mai i giureconsulti: tal che ove le fazioni e le leggi faziose, con le loro crudeli e rapaci sofisterie, calunniando i principî, trasformavano le eccezioni in regole, e rigettavan queste, già languenti ed oscurate, al rango delle eccezioni, i giureconsulti, con lenta, ma costante azione, tutte le eccezioni verso i principî loro ritiravano.

---

fra gli onorati ed i buoni, dovete pur pensare, che non fra i vasti pensieri di quelle anime generose, ma fra i puntigli meschini della nostra età siete nato; sì che l' arte di vivere sta sempre a non eccitarne, il che pure è assai difficile, gli aculei, o eccitarli il meno che si può, e farvi perdonare qualche virtù che mostrate.

Hoc opus, hoc studium parvi properemus et ampli,
Si patriae volumus, si nobis vivere cari.
Hor. Ep. I, 3, 28.

(1) *Nequities et vafri scientia iuris* di Orazio. Sat. I, 2, v. 131.

7. Il vantaggio delle pandette giustinianee, rilevato già con politica sagacia dal Segretario fiorentino, è quello stesso ch' è guardato con tanta impazienza e disprezzo da certi spiriti schivi, di essere non altro che una raccolta di editti pretorii e di consultazioni su questi editti e sulle antiche leggi, secondo le date ed i fatti particolari delle cause (1). I maestri, puramente teoretici, concentrano la loro attenzione sul testo della legge, e sulle origini storiche e filosofiche del testo; mentre i giureconsulti ed i magistrati, posti sempre in presenza delle sue applicazioni e delle conseguenze di esse, nella necessità di giudicare il dritto nel fatto (2), debbono spesso estender la legge a nuovi e progressivi bisogni sociali, i quali o non furono da' datori della legge pensati, o furono più intraveduti in nube, che particolarmente preveduti (3). Se il legislatore, scosso alla voce del foro, accorre a' nuovi bisogni con spiegazioni e riforme pronte ed analoghe, l' ufizio della giurisprudenza è compiuto. Ma se ciò non avviene, la forza delle cose è sempre più potente di quella dell' uomo, e la giurisprudenza prende luogo di legge. Così avvenne dopo le leggi decemvirali, collezione dell' antichissima giurisprudenza del Lazio; così dopo le collezioni imperiali; così dopo il risorgimento del dritto romano; e così anche dopo i nostri codici novelli, ora che per l' indole particolare del nostro secolo, i bisogni civili, specialmente nelle relazioni private dell' industria e del commercio, vanno sì rapidamente avanzando, che talvolta non trovano testo espresso che ne decida le quistioni. Giustiniano lasciò stabile nella sua collezione di responsi il monumento non solo de' bisogni civili, contrariati o non preveduti dalle leggi ante-

---

(1) Proemio al lib. I della *prima deca di Livio*.

(2) Ch' è ciò che que' giureconsulti dissero, *ius in causa, ius in facto positum*. V. la nostra *Proc. pen.* III, § 443.

(3) V. *ibidem*, I, § 436 e segg.

cedenti, ma anche della opera forense intenta a provvedervi senza uscire da' principî di esse. La metafisica di quei giureconsulti tendeva a spiritualizzare la natura umana, ma nel suo insieme, e migliorarla senza travolgerla; indole contraria alla greca sofistica che divideva ed assottigliava tutto, e contra la quale, per pubblica sventura, gli sforzi di Catone il maggiore tornarono vani (1). Dietro questo sovvertimento venne il regno de' sofisti, e venne con esso il regno degli ambiziosi, de' violenti e de' perfidi; corrottissima la città, moltissime le leggi; le quali benchè talvolta fossero state originate dal bisogno di reprimere i malvagi, pure il più spesso, o per effetto della disunione degli ordini, o per rapire illeciti onori, o per discacciar dal governo uomini chiarissimi, venivano da' sofismi e dalla violenza dettate. Quindi niuna concordia, nè costume, nè dritto; le cose più scellerate, non solo impunite, ma scala al potere; e le più oneste, cagione di esilî e di morte (2). Il che certo non avrebbe potuto avvenire senza sconvolgere o disconoscere i principî.

8. Ma la Provvidenza non ha mai sì abbandonato il genere umano, che non abbia, anche in mezzo a' più funesti disordini, tenuto vivo il fuoco sacro della ragione fra quegli uomini buoni, i quali quel bene che per malignità della fortuna non possono operare, lo insegnano ad altri, acciocchè di coloro che sono dal cielo più amati e rivestiti di potere, sendone capace alcuno, questi possa operarlo (3). E quegli uomini buoni, capaci di ben pensare e ben dire, furono i giureconsulti; questi più amati dal cielo, capaci di ben operare, furono gli Antonini, cioè Traiano, Antonino Pio, Marco Au-

(1) Queste sottigliezze fuori natura prevalsero poi tanto in Roma, che Giovenale ne fece più volte il soggetto delle sue satire, e particolarmente de' versi 187 e segg della *sat.* VI.

(2) Tac. ann. III, 27 e 28.

(3) Parole del Segretario fiorentino.

relio, e dopo qualche interruzione Alessandro Severo (1). In ciò dunque che nella collezione giustinianea ci è rimasto scritto da que' benefattori dell'umanità, convien trovare i veri principî e le vere regole del dritto antico, spiegate da essi con voci di più precisa e filosofica significazione: le idee, per effetto dell'analisi legale, ne sono svolte sovente in più proposizioni, mentre prima in un vocabolo solo o in due eran chiuse.

9. Or tra quei giureconsulti, principe senza contrasto fu Domizio Ulpiano (2). Ci restano ancora due frammenti del suo libro III *ad edictum*, ne' quali ei fece già della nostra distinzion fondamentale un felice svolgimento, segregando il *moto dell'animo* dal *tentativo*, e questo dall'*effetto*. L'uno di tai frammenti relativo a' moti dell'animo, è nella l. 18, D. XLVIII, 16, *de poenis*; e l'altro, relativo agli atti esterni, è nella l. 1, D. II, 2, *quod quisque iuris*. Il primo è, *cogitationis poenam nemo patitur*, principio che abbiamo già veduto preso di mira dal suo coetaneo Claudio Trifonino (§ 4). Quando la *cogitazione* è scevra di esterno movimento, questa è regola senza eccezione. Fino a tanto che il pensiero non è ridotto all'atto, fino a tanto che non è manifestato con un fatto esterno, esso non è punibile mai dalla umana giustizia. Siavi pure *consiglio* di una mente malvagia, trionfatrice di tutti gli scrupoli della conscienza; siavi *volontà* pienissima, e non di vaga e fluttuante *intenzione*, ma tenacemente passionata e superba del suo *proposito*; fino a tanto che niun atto esteriore accenni la esecuzione del fatto, tutto rimane nel ca-

(1) V. la nostra *Procedura penale*, part. II, § 117 e segg.; volume pubblicato separatamente col titolo, *Storia de' principii regolatori della instruzione delle pruove*, indiritta da me a vostro fratello *Luigi*, ed a voi.

(2) *Quorum primus tunc Ulpianus fuit.* Lampridius, in vita Alexandri.

rattere di *animo volutare*, *animo agitare*, *coagitare*, o sia di *cogitazione*. Immoralissima è certamente questa disposizione dell' affetto: *mala mens, malus animus*. Dirò anche ch' ella è di grave pericolo per la società, ov'ella nudra in seno un aspide che pare inerte e nel sonno. Va bene dunque il vegliarvi sopra, onde togliere all'uomo con la polizia preventrice il potere di nuocere. Ma fino a quel punto la sicurezza sociale non è turbata: ei può pentirsi e deporre il suo veleno: già se ne ha un pegno nella sua inazione. All' incontro con qual sicurezza potrebbe la giustizia penale andar ricercando i pensieri? Ricerca mal fida, inquisizione odiosa; perchè anche quando la cogitazione si è manifestata con un atto, se questo non sia reato per sè stesso, lascia sempre la dubbiezza di essersi con la parola o col gesto espresso più di ciò che si pensa, o diversamente da quel che si pensa. La pena desterebbe più allarme che l'impunità; ed il più malvagio che più sa far uso

Di accorgimenti e di coperte vie,

sarebbe sempre più fortunato di chi ha indole men cupa e sembianti meno bugiardi. Il detto dunque ed anche il gesto possono avvertire l' amministrazione, intesa ad antivenire i reati; ma per la giustizia penale, se quelli non sono reati essi stessi, si confondono con la nuda cogitazione. Dal che deriva che anche l' *apparecchio*, primo grado da cui comincia la progressione dell' azione esterna, quando non fosse per sè stesso un reato, non è ancora vero *conato* nè *ausus*, e rientra nella massima che rende impunita la cogitazione.

10. Nè può fare ostacolo la sentenza di Giulio Paolo, contemporaneo di Trifonino e di Ulpiano: *consilium uniuscuiusque, non factum, puniendum est* (1). Non è già che questo giureconsulto,

---

(1) Paulus, V. sent.

chiamato egli e ULPIANO, *coryphaei legum prudentum*, perchè vedevano nelle leggi non ciò che suonano le parole, ma la mente del legislatore (1), non è che PAOLO avesse potuto qui intendere, doversi punire il consiglio senza il fatto: troppo disforme da' principii che professava, sarebbe stata questa esorbitanza. Egli intendeva, che se niuna pena può darsi al nudo consiglio senza fatto, e niuna al nudo fatto senza consiglio, dee punirsi il consiglio in quanto anima ed informa il fatto, e non può discendersi alla punizione di alcun fatto, senza ricercarne la volontà ed il consiglio. Nè CALLISTRATO che o insegnò dritto con lui sotto ALESSANDRO SEVERO, o lo prevenne sotto l'impero filosofico e benigno di MARCO AURELIO, intese altro che questo, quando disse: *in maleficiis voluntas spectatur, non exitus* (2). Questa regola fa rimontare il calcolo all'intenzione, ma dopo il fatto: il fatto può esser figlio di caso o di errore: per essere criminoso, per essere imputabile un evento, dee rappresentare una volontà malvagia. Il movimento interno, la nuda volontà, il solo consiglio non sono mai imputabili: *leges in facta costituuntur* (3); ma *in hoc facto est puniendum consilium. Non exitus in se, sed voluntas, assumpto actu, spectatur*. Queste sono sentenze che escludono ogni imputazione dall'esito e dal fatto, ove sia prodotto dalla forza bruta dell'uomo, e lo prende di mira sol quando è derivato dalla volontà di lui e dal consiglio. Così solo la pena può dirsi ferire la volontà colpevole, e con lo sgomento che inspira, rettificare una conscienza malvagia.

11. Gli scrittori sono incerti se SATURNINO fiorisse all'epoca di ANTONINO PIO o di MARCO AURE-

---

(1) *Etsi maxime verba legis hunc habeant intellectum, tamen mens legislatoris aliud vult: ita coryphaei Ulpianus et Paulus* etc. L. 13, § 2, D. XXVII, 1, *de excusationibus*.

(2) L. 14, D. XLVIII, 8, *ad leg. corn. de sicariis*.

(3) TAC Ann. III, 69.

lio; principi l' uno e l' altro mandati certamente dal cielo ad elevare l' uomo in tutta la sua dignità, o a non dare autorità che a giureconsulti filosofi. E Saturnino insegnò forse prima di Paolo, di Ulpiano e di Trifonino, che da sette aspetti dobbiam misurare ogni imputazione: uno d' essi, è l' evento; ma questa misura, egli dice, *spectetur ut a clementissimo quoquo facta*, vale a dire non materialmente, ma co' principii di quella equità e clemenza governativa, che guarda sempre alla *causa del fatto* (1). Cogitazione e volontà senza fatto è nulla: fatto senza volontà di fare, è opera di macchina e non d' uomo. *Non exitus, sed cogitatio in facto, assumpto scilicet actu*, forma la materia di ogni imputazione. È lo stesso di ciò che disse Cicerone nella Miloniana: *Quid porro quaerendum est? Factumne sit? At constat. A quo? At patet. Controversia nulla facti: iuris est disceptatio; causa quaerenda, non telum* (2).

12. E così voi vedete, caro figlio, che niuna eccezione ebbe il primo frammento del libro III *ad edictum* di Ulpiano, relativo a' soli moti interni dell'animo. Passiamo al secondo.

Se quando la legge prevede

Un' operazion che merta pene (3),

non può mai intendere il nudo consiglio, la volontà sola, il pensiero (§ 10), e se per commettere un reato, per quanto rapida ne sia l' esecuzione, vi è sempre bisogno d' un movimento nello spazio, e

(1) L. 16, D. XLVIII, 18, *de poenis*. — *Clementia* è voce che deriva *a calculo mentis*. Gli uomini che senza conoscenza di causa nè calcolo rilasciano il freno e sciolgono i nervi nella legge, sono *magis amentes, quam clementes*. V. Seneca *de clementia*, I, 16, II, 3. Quindi la formola sublime della preghiera della Chiesa a Dio clementissimo: *quo magis cognoscis, eo facilius ignoscis*.

(2) Cic. *Pro Milone*, c. 4, 6, 8.

(3) Dante, Purg. XVII, 104.

perciò d'una serie più o meno lunga di atti e di movimenti ad un fine (§ 5), qual è mai in questa serie di atti e di movimenti quello che la legge prevede, allorchè prevede il reato? *Consummatam iniuriam, non coeptam*, rispose il giureconsulto: *quid enim offuit* CONATUS, *cum iniuria nullum habuerit* EFFECTUM (1)? Ed ecco che dopo di essersi segregati dalla idea complessa chiusa nella voce *actio* , i moti interni , cioè il *consiglio*, la *volontà*, l' *affetto*, rappresentati dalla parola *cogitatio*, se ne svolgono gli atti esterni progressivi , distinguendo la consumazione ultima del fatto, *effectus* , da ciò che la precede , *conatus*, sinonimo nelle azioni umane della voce *ausus* (§ 3). Se la legge dunque prevede un fatto ch'ella qualifica reato, lo prevede intero e perfetto. *Aliud est crimen, aliud est conatus*, diceva ALCIATO : *hic in itinere , illud in meta est* (§ 2): *sed ubi iure poena irrogatur, oportet perfectum fuisse crimen*

13. Certo è che non solo la volontà, ma il primo avventarsi, è nel cominciamento del corso dell' azione; e la legge, quando prevede l' effetto non può intendere i primi movimenti a' quali dopo altri ed altri si lega il fatto. È anzi troppo esagerato il dire, che *chi comincia ha la metà dell' opra*:

Dimidium facti, qui coepit habet (2).

Ed è assai più strano il dire, che questo cominciamento ed anche più che mezzo il corso dell' azione sia uguale al fatto perfetto: al più al più esso è abbozzo e lontana dimostrazione in disegno, *adumbratio, non perfectio* (§ 3 e 5).

Incipe: dimidium facti est coepisse: supersit
Dimidium: rursum hoc incipe, et efficies (3).

---

(1) L. 1, § 2, D. II, 2, *quod quisque iuris in alterum statuerit* — V. *sup.* § 9.

(2) HOR. ep. I, 2, v. 40.

(3) AUSON. epigr. 81.

Perciò familiare a' grandi uomini è quel detto, di aver fatto nulla, quando sopravvanza ancora altro a fare (1). Il dire che il cominciamento del fatto è lo stesso che il fatto intero, non è certo esprimere la natura reale della cosa, ma è solo usare un *tropo*, una *figura*, per enunciare quel cominciamento con forma più forte e novella: mutamenti, per servirmi delle parole del vostro maestro, e mio collega nella università degli studî, canonico Bianchi (2), vantaggiosi al pensiero, il quale era poco atto a cagionare una viva impressione per sè stesso. Ed io aggiungerò che questi sono pur vantaggiosi alla morale, perchè avvezzano a far abborrire l'intenzione, non che il conato del fallo, mettendola a paro del fallo medesimo. Ma per la realità, è sempre un far sinonimo ciò che disegna il primo avviarsi, a ciò che fa la meta del cammino, il primo anello della catena con l'ultimo, la parte ed il tutto: *metonimia*, *sineddoche*, *iperbole*, figure proprie d'un declamatore, d'un poeta, ma che sarebbero una norma troppo mal fida al legislatore, il quale le prendesse alla lettera, come rappresentanti realità di cosa, e desse pene reali e fisiche, non per la cosa, ma per il modo energico e figurato onde la cosa vien detta (3).

14. Nè mai fu vera la proposizione, presa assolutamente e in sè stessa, che l'autor del tentativo benchè senza effetto, può avervi fatto tutto ciò che poteva onde farlo riuscire, sì che questo sarebbe al certo avvenuto senza quegli ostacoli i quali furono indipendenti dal suo consiglio e volere. Imperocchè quando rientrate in voi stesso, ed analiz-

---

(1) Tasso, Gerusalemme, I, 24 — Fu detto pure di Cesare e di Napoleone.

(2) Lezioni di belle lettere, vol. 2, *Tropi e figure*.

(3) Rileggete la nostra *Prolusione* per l'aprimento della nostra cattedra, § 20, sull'influenza delle metafore nelle cose penali.

zate la progressione del vostro pensiero, ben distinta e di minor valore troverete la prima mossa del vostro desiderio, che non è lo stare in deliberazione intorno a' mezzi onde soddisfarlo e prevenirne o superarne gli ostacoli; e questo andar meditando è ben altro ed è cosa più lieve che la determinazione e il proposito: tal che se tutto si fatto progredimento tende a cose disformi dall' umana natura, allorchè avvertite aver di questa disconosciute le leggi, non è ugualmente amaro il morso della coscienza al primo grado, di quello che lo è al secondo o al terzo. Or tosto che l' azione esterna è volontaria, ella porta improntati in sè i gradi dell'interno movimento, e n' è l' immagine, come il dipinto ritrae il pensiero del pittore, prima tentato ed adombrato in disegno, e poi perfezionato. E perciò noi Italiani, sì come osserva Vico (1), le opere delle belle arti diciamo *pensieri degli autori*: il che dà piena ragione del perchè il *reato consumato* si disse da' nostri antichi *consilium, voluntas* (§ 4 e 10). All' incontro se profondate la mente in tutte le circostanze dell' avvenimento esterno, troverete sempre, come abbiamo sopra avvertito (§ 3), che il fatto non è avvenuto, o perchè i mezzi scelti non erano proporzionati all' effetto, o perchè il luogo ed il tempo non erano stati ben scelti, o perchè l' animo non era abbastanza deliberato, e la mano fu timida e mal sicura, il che sovente, se non è innocenza, vi è prossimo abbastanza.

15. Ragioni intrinseche son queste: nè altrimenti intesero la cosa gl' Itali antichi. Certamente

Non fu sì santo nè benigno Augusto,
Come la tuba di Virgilio suona:
L' aver avuto in poesia buon gusto
La proscrizione iniqua gli perdona (2).

---

(1) Vico, *de antiquiss. it. sap.* cap. 7.
(2) Ariosto, Furioso, XXXV, 26.

E pure in un giudizio di tentato parricidio, si contentò di scacciare il figlio dal tetto paterno, *mollissimo poenae genere contentus in filio impulso in id scelus, in quo se*, QUOD PROXIMUM ESSET AB INNOCENTIA, *timide gessiset* (1). La qual trepidazione in eseguire la strage, mostra già, che non debba disperarsi del reo, e ch' egli con più molle genere di cura può rinsanire. Mal medico è colui che per non darsi pena di curare, dispera (2).

16. Che se ci rivolgiamo alle ragioni estrinseche, a quelle cioè a dire, che sole son prese di mira dagli *utilitarii*, amici de' calcoli che nascono, meno dal principio morale, che dalla fisica azione e dagli effetti della legge, tra queste ragioni viene in prima il *danno alla società*, qual misura de' reati. È lo stesso di ciò che *e contrario* disse TACITO, *utilitate publica rependitur* (3). È forse uguale il danno nel pericolo di morte e nella morte effettiva (§ 3)? Se estimerete il conato al pari del reato consumato, chi ha fallito il colpo per qualche accidente, non ha nella indistinta severità della sanzione alcun motivo sensibile per non replicare il colpo, o non aspettar tempo e luogo a dar compimento al proposito. E perciò BECCARIA, onde piegare chi, perduto il senso del principio morale, al solo timor della pena si arresta, ed indurlo a non compiere un reato incominciato, gli ne offre un motivo sensibile, inculcando a' legislatori di essere abborrenti di ogni pena che agguagli la sorte del *tentativo* a quella dell' *effetto consumato* (4).

17. De' quali sentimenti il germe, messo dalla natura nel cuore e de' buoni e de' rei, è si fecondato nel commercio della umanità, che presso di tutti, per giudizio spontaneo e quasi senza rifles-

(1) SENECA, *de clementia*, I, 15, in fin.
(2) IDEM, ibid. c. 17.
(3) TAC. ann. XIV, 44. — V. *infra* § 19.
(4) *De' delitti e delle pene* § 14 e 24.

sione comunemente sentito, la fortuna d'un esito mal compiuto, se questo è a buon fine, diminuisce sempre il credito e la lode; e se il fine è malvagio, diminuisce l'infamia e l'abborrimento: il che vi mostra una *conscienza universale* che crede anche l'evento, apparentemente fortuito, dipendente dalla previdenza dell'uomo (1). Ed a tal *conscienza* mirò CATONE IL MAGGIORE, benchè uomo di aspro e severo ingegno, ma giusto quanto ARISTIDE, col quale il paragona PLUTARCO, allorchè i Rodiesi difese del tentativo di soccorrer *Persa* contro i Romani (2): *Et quis tandem est nostrum, qui quod ad se attinet, aequum censeat, quemquam poenas dare ob eam rem, quod arguatur male facere voluisse? Nemo opinor: nam ego quod ad me attinet, nolim* (3). E questo, e non altro che questo, è il principio antichissimo, eterno, universale (4) il quale è svolto nel secondo testo di ULPIANO (§ 12). Esso venne insegnato assai prima con inspirate e più precise parole da' primi apostoli della morale cristiana (5).

---

(1) Tutti questi argomenti vennero già da noi diffusamente trattati nella nostra conclusione del 1817 sul *tentativo*. Essa è nel *Suppl. alla collez. delle ll.* n. 1.

(2) *Plurimum causam coram adiuvit M. Porcius Cato, qui asper ingenio, tum lenem mitemque senatorem egit. Non inferam simulacrum viri copiosi quae dixerit referendo: ipsius oratio scripta extat*, Originum *quinto libro inclusa*. LIV. XLV, 25.

(3) A. GELLIUS, *Noctes acticae*, VIII, 3.

(4) Esso è una derivazione immediata di quella legge eterna, sentita da tutti, la quale si disvela anche al movimento di pietà che desta il supplizio d'un tentativo, quando si dà pari al supplizio del reato consumato (§ 3, *in fine*): legge perciò che da tutti

> *Servar conviensi, però ch' ella aggiunge*
> *Di cielo in terra, universale, antiqua.*
> PETR. Trionfo d'am. cap. III.

(5) S. GIACOMO nella sua *Epistola cattolica*, cap. 1, v. 14.

18. Ma fra gli atti la di cui serie forma il corso esterno d'un'azione, ben può avvenire che alcuno sia esso stesso un reato. Se l'azione si ferma a questo, il punirlo non è eccezione alla regola, è seguire la regola medesima. Così l'intenzione del falsario non è già di contraffar per giuoco un testamento: il suo fine, il compimento e la perfezione del suo iniquo disegno, è di rapire, per mezzo del falso la roba altrui. Quando egli ha consumato il falso, non è giunto ancora al termine di ciò a cui s'indirizzava. Ma la legge punisce il *falso* come *falso*. Basta dunque, ch'egli consumi la falsità in modo, che ***si testamentum adulterinum non esset, veruntamen testamentum recte dicetur***, ed egli è colpevole per la legge cornelia *de falsis* (1). Questo è responso di Africano, altro giurèconsulto de' tempi di Antonino Pio. Che se foggiato il testamento, non ancora si è consumato l'inganno di farlo soscrivere dal testatore, o di apporvi la sua falsa soscrizione, questo è un conato di falso; ed allora torna in vigore il secondo principio di Ulpiano (§ 12): ***nil offuit conatus***, ***cum iniuria nul-***

e 15, distingue in gradi l'azione criminosa. È questa gradazione comincia prima e progredisce e si compie ne'movimenti interni dell'animo: tal che la rea cogitazione ha il suo inizio nel concepimento, il quale può ben talvolta riuscire abortivo, particolarmente se v'interviene il pentimento; e può divenire una volontà determinata e pervicace, *fine* e *consumazione* interna de' calcoli precedenti. *Unusquisque vero tentatur a concupiscentia sua abstractus et illectus. Deinde concupiscentia cum conceperit, parit peccatum. Peccatum vero, cum consummatum fuerit, generat mortem.* Passando poi all'azione esterna, questa ritraendo la progressione interiore, è pria *praeparatio,* poi *ausus,* poi *consummatio.* A quest'ultimo grado si deve la pena: *cum consummatum fuerit, generat mortem.* Così delle due serie di atti, l'esterna nel suo *tentativo* distinto dall'*effetto*, è l'immagine sempre della interna che comincia dalle *tentazioni* per giungere al *proposito*: il corso degli atti esterni volontarii prende sol dagl'interni e vita e grado e colore.

(1) L. 6, pr. D. XLVIII, 10, *de l. corn. de falsis.*

lum habuerit effectum. Africano perciò seguendo gli antichi principii di Catone il maggiore e la conscienza universale (1), e prevenendo lo svolgimento che ne diè Ulpiano, dichiara in questo caso il *conato*, o sia l' *ausus*, impunito (2). Nell'altro dunque dee aversi in mira che il divieto legislativo, che col punire un' azione esterna la qualifica *reato*. Perchè ella abbia pena, debb' essere *consumata*. Ma può avvenire che nel consiglio del l' agente e nel fatto ella sia il *mezzo*, l' *apparecchio*, il *conato* di un' altro reato, e questo di un altro. Sì fatto rapporto per regola generale non offende, se pure questi atti non sieno altri reati consumati, o se non sieno eccezioni di legge.

Sez. II.

Eccezioni al secondo principio.

19. Adunque il primo principio di Ulpiano (§ 9) è assoluto nè può esser soggetto ad eccezione alcuna. Alto troppo è il giudice de' pensieri e degli affetti dell' uomo, perchè la legislazione de' mortali si attenti a punire chi ha conceputo, e non ancora partorito l' effetto. All' incontro quando la cogitazione iniqua si volge all' atto, può esser sì grave il pericolo che si teme dal reato consumato, e sì generale

---

(1) A. Gellio riferisce (*Noct. atticae*, XIII, 17), come Catone avesse renduto popolare il suo principio, riducendolo nel proverbio : *inter os et offam multa intervenire possunt ;* il quale poi s' indicò con la sola frase iniziale, *inter os et offam*. — Petrarca lo tradusse (*Parte* I, *son.* 42),

Fra la spiga e la man qual muro è messo ?

Ed Ariosto (Fur. VII, 25):

Teme di qualche impedimento spesso
Che tra il frutto e la man non gli sia messo.

(2) D. l. 6, pr., D. XLVIII, 10, *de falsis*.

e sì vivo l'allarme che ne desta il conato, che contro la ragione del secondo principio, dee fissarsi qualche eccezione ad esso, la quale punisca il tentativo. Nel qual caso, se il tentativo stesso è un reato, dev' esser punito più gravemente che non lo sarebbe se non fosse anche sforzo e cominciamento di un misfatto maggiore: se poi da sè stesso non sarebbe reato, conviene che sia trasformato in tale per lo fine a cui tende (1). Ma ogni eccezione alla ragion generale della umana natura (§ 14) è definita da Paolo, *quod contra tenorem rationis propter aliquam necessitatem vel utilitatem, auctoritate constituentium introductum est* (2). Ella nelle cose penali trae la particolar sua ragione, non dall' equilibrio de' naturali movimenti, ma dall' altrui iniquità che tenta sovvertirlo; onde contrappesata questa da un grande esempio, ne passi lo sgomento ne' malvagi; ed i buoni, posti spesso da necessità civile *inter nocentes, tuti sint inter anxios. Habet aliquid ex iniquo omne magnum exemplum, quod contra singulos utilitate publica rependitur* (3). Perchè dunque sia giusta qualche eccezione al secondo principio di Ulpiano (§ 12), I, debb' esserne manifesta la pubblica necessità o utilità; II, debb' esserne il caso espressamente preveduto dal legislatore; e III, quando n' è già fissato il caso, non si dee permettere di trarre l'eccezione a caso non espresso, anzi nemmeno a qualunque dipendenza dall' espresso (4).

20. Or per due soli reati io trovo presso gli

---

(1) Grot. *de iure belli et pacis*, lib. 2, cap. 20, § 34.

(2) L. 16, D. I, 3, *de legibus*. — L. 141 et 162, *de reg. iuris*.

(3) Tac. Ann. XIV, 44, ove sviluppata viene sopra la più ampia base, in un' orazione di C. Cassio, l' applicazione politica di questa regola. — V. *sup.* § 16.

(4) Lo stesso Paolo, l. 14, D. I, 3, *de legibus*, et 141, 162 *de regulis iuris.*

antichissimi Romani spiegata l'eccezione alla regola di Catone il maggiore e di Ulpiano : *maestà violata*, e *reati militari*. Poi venne terzo l'omicidio , e quarto il furto del servo. Fuori di questi quattro casi , e fuori delle particolari circostanze in cui n' è contemplato il tentativo, si stette nelle leggi al tenor della regola. Ma questa opinione , carissimo figlio , ha contro di se tre gran nomi , Cuiacio, Anton Mattei , G. V. Gravina, e dietro ad essi i compilatori ed alcuni comentatori del cod. pen. francese: essi dicono che non eccezione , ma regola di dritto antico è che il tentativo si punisca come la consumazione del reato. Tanto più dunque è necessaria un'analisi diligente e minuta delle leggi e delle necessità civili , dalle quali queste che noi diciamo eccezioni , dipendono.

21. Prima eccezione. — *Maestà violata.* — È la più antica eccezione alla regola di Catone il maggiore e di Ulpiano (§ 12 e 17). Ma non vi è titolo di reato che siasi ampliato più di questo , da *Cornelio Silla* sino ad *Arcadio* ed *Onorio* (1). Sul principio, *coetus nocturnos agitare, hostes arcessere , civem hosti tradere* (2), erano i soli reati di maestà. Poi sotto il quarto consolato di *Mario* a questi capi di maestà si aggiunsero le violenze e le sedizioni in città (3) , e più appresso il determinar gli alleati a prender l'armi contro di Roma (4). Ma Gravina avverte giudiziosamente , che queste due addizioni furono piuttosto applicazioni delle leggi decemvirali , che leggi nuove di maestà (5). Venne

(1) Vedetene le ragioni in Filangieri , *Scienza della legislazione* , lib. 3 , parte 2 , cap. 45.

(2) Legge scritta da' decemviri, anno di Roma 303 , ma antica quanto i più antichi governi d' Italia.— L. 3, D. XLVIII, 4, *ad leg. iul. maiestatis*.

(3) Legge *Apuleia* , anno 651 di Roma.

(4) Legge *Varia* , anno 662. — V. Filangieri l. c.

(5) Gravina, Orig. III , cap. 85 , *de lege corn. et iul. maiestatis*. Tale pure era la legge *Gabinia* intorno a tutte le

poscia la legge *cornelia* promulgata da *Silla* dittatore (1), la quale a' reati di maestà diede una spaventevole estensione. Da allora in poi, anche in altri reati, cominciò tutto a cadere nella confusione e nell' oblio de' principii.

22. Quando i reati di *maestà* erano quei soli che direttamente sovvertono la costituzione dello stato, ognun vede esserne tale la natura, che aspettarne la consumazione intera, sarebbe lo stesso che aspettare la rovina della cosa pubblica. Fu dunque da imperiosa necessità sociale suggerita l' eccezione alla regola; ed il conato senza effetto, purchè manifestato con atti prossimi all' esecuzione, vi fu punito come il misfatto consumato. CATONE IL MINORE sostenendo contro CESARE, che *more maiorum* si dovesse l'estremo supplizio ai complici di *Catilina* (2), disse così: « Questo modo estremo di punizione è » di legge piuttosto politica, che civile. Non dobbiamo » decider oggi freddamente qual pena corrisponda al» l'apparecchio delle armi contro la patria: vuole la » cosa stessa che si deliberi come antivenire il pe» ricolo, anzi che come punirne gli autori. Impe» rocchè ben perseguiterai gli altri misfatti quando » son consumati: questo se non provvedi che non » sia mandato ad effetto, invano implorereşti po» scia i giudizî: presa la città, nulla più a' vinti » rimane (3).

23. Le quali parole in SALLUSTIO, *cetera tum persequare, ubi facta sunt; hoc, nisi provideris ne accidat, ubi evenit, frustra iudicia implores*,

clandestine unioni. Di essa parlano e GRAVINA e FILANGIERI dietro l' autorità di *Porcio Latrone* nella sua declamazione contro *Catilina*. Nè la legge *Gabinia tabellaria* del 614 pare che sia stata questa, nè l' altra legge *Gabinia* del 686.

(1) Anno di Roma 672.

(2) Anno 690, secondo GOTOFREDO, MIDDLETON ed altri: anno 691, secondo *de Brosses*.

(3) SALL. *de bello catilinario*, c. 52. — V. la quarta *Catilinaria* di CICERONE, ove si tratta il soggetto medesimo.

mostrano evidentemente che anche a quei tempi, negli altri reati, la persecuzione giudiziaria non si permettea che quando il fatto era avvenuto, e che in questo solo misfatto il tentativo manifestato con atti prossimi alla esecuzione, era punito come il misfatto consumato; e ciò *contra tenorem rationis, contra rationem iuris, propter publicam utilitatem* (1). Dal che si vede chiaro quale in cuore di Catone il minore e del senato romano fosse allora la regola, e quale l'eccezione.

24. Tanto è ciò vero, che Cesare il quale in questa occasione perorò in Senato contro Catone (2), non attaccò di fronte questa sentenza di lui; ma con molto artifizio ricordò l'orazione di Catone il maggiore, pronunziata un secolo e più innanzi a favore de' Rodiesi (3). Nondimeno io credo che i libertini di allora, e poscia i Clodiani, i quali chiamavano Cicerone tiranno, e Catone il minore imbecille, fecero di quella orazione di Catone il maggiore il lor *cavallo di battaglia*, mostrando incomportabile ogni eccezione alla massima generale da quell' uom severo ricordata, che niuna pena possa darsi ad un fatto, ove questo non sia consumato. Il perchè Tirone, liberto di Cicerone, e forse perciò *ultra-settatore* della massima opposta a quella che di mala fede i catilinarî predicavano, nemmen egli distinse l'eccezione dalla regola, e pubblicò uno scritto contro quella difesa a favore de' Rodiesi, *tamquam non dignum M Catone fuerit, quod delictorum non perpetratorum voluntates non censuerit poeniendas* (4). Ma ognun sa, che questo balestrare alcune opinioni agli estremi, è comune a tutti i tempi di sedizioni e tumulti civi-

---

(1) Secondo le ll. 14 e 16 *de legibus*, mentovate sopra al § 19.

(2) Sallustio, *de bello catilinario*, c. 51.

(3) Nel 585 di Roma. — V. *sup.* § 17.

(4) A. Gellius, *Noct. act.* VII, 3.

li. Come dunque da questo frammento dello scritto di Tirone, può trarsi l'autorità che tanto estendono alcuni? Nè Catone il maggiore avrebbe perdonato a' cospiratori contro la patria, sol perchè nel corso della loro iniqua azione erano stati interrotti dalla fermezza e vigilanza di un console; nè Catone il minore, fuori che in questo misfatto e in qualche altro, avrebbe mai sostenuto eccezion veruna al principio generale dell'illustre suo proavo.

25. *Seconda eccezione*. — *Reati militari*. — La severità della disciplina militare fece invincibili le romane legioni. Quindi come leggi di eccezione, troviamo negli storici e ne' frammenti delle leggi antiche disposizioni severissime per ogni conato o di sottrarsi alla milizia (1), o d'insorgere contro i comandanti, o di uccidere i commilitoni, ed anche sè medesimo: la stessa simulazione del languore, e la lentezza in accorrere alla difesa de' suoi, eran punite capitalmente (2). E così due sole, l'una per i reati veri di maestà, l'altra per i reati militari, furono le eccezioni più antiche alla regola la quale punisce, non il conato, ma l'effetto: queste sole sono giustificate dalla prima legge sociale, la necessità.

26. *Terza eccezione*. — *Reati di sangue*. — La trista epoca delle guerre intestine e de' tumulti civili, dà origine alle più strane deviazioni dalle regole di dritto. *Silent leges inter arma*; e tempi sì fatti recarono una terza eccezione al secondo principio di Ulpiano (§ 12). La legge decemvirale vietava il porto d'armi in città (3); e dichiarava che uccidere un cittadino era uccidere un *padre*, un partecipe della sovranità, quindi *parricidio* era l'uccisione volontaria di ogni cittadino: questo era il

(1) L. 4, § 10 et 11, D. XLIX, 16, *de re militari*.

(2) L. 6, D. XLIX, 16, *de re militari* — L. 38, § 12, D. XLVIII, 19, *de poenis*.

(3) Gravina, Orig. III, cap. 91, *ad legem Plautium*.

misfatto capitale per antonomasia: *capital esto* e *parricida esto*, furono sinonimi (1). Ciò non ostante tal misfatto non era di *maestà*: quindi se alcuno con armi atte ad uccidere venia sorpreso mentre era in aguato aspettando la sua vittima, costui per la regola di Catone il maggiore e di Ulpiano non avrebbe avuto che la pena del porto d' armi in città. A ciò non fu contento *Cornelio Silla* in mezzo a partiti sanguinarî ed a rivolgimenti politici: quindi per la legge cornelia *de sicariis et veneficis* (2), *qui cum telo ambulaverit hominis necandi causa, sicut is qui hominem occiderit, poena coerceatur* (3); e così pure *qui venenum necandi hominis causa fecerit, vel vendiderit, vel habuerit* (4). Il porto d' arme e il veleno erano il fondamento della presunzione. E ciò non bastava: vi occorreva il proposito di uccidere, la cui pruova era abbandonata alle regole comuni del convincimento.

27. Ma ognun vede che l' essersi qui elevato il conato alla pena del misfatto consumato, è tanto eccezione, o sia *gius singolare* per i soli omidì, che vi fu bisogno di una legge espressa, raccomandata ad un magistrato speciale, qual era il pretore quesitore *de sicariis* (5). Il pretor quesitore *de maiestate*, aveva assai più estesa potestà; e pure non poteva prenderne esempio il quesitore de' *sicari*: là il *conato* si estendeva a tutti i casi; qui solamente a chi *cum telo ambulaverit*. Questo fatto permanente ne determinava la competenza, per la quale entrava il quesitore ad investigare se l' arme si asportasse con la rea intenzione di uc-

(1) Gravina, Orig. III, cap. 62, *de parricidio*.
(2) Anno 672, secondo la cronologia di Gotofredo.
(3) L. 7, C. IX, 16, *ad leg. corn. de sicariis*.
(4) L. 8, D. XLVIII, 8, *ad legem corn. de sicariis et de veneficis*.
(5) L. 2, § 32, D. I, 2, *de origine iuris*.

cidere un uomo. Nè perciò i quesitori dell' altre quistioni perpetue, *de peculatu, de ambitu, de falso*, si attentarono allora di punirne i conati: non poteva l' eccezione espressa, ad alcun caso non espresso trasportarsi (§ 19).

28. Anzi morto *Silla*, l' odio contro l' autor della legge dovette farla andare in disuso. Imperciocchè CICERONE nella *Miloniana* (1), per mettere nell' interesse della sua causa POMPEO il quale si credeva esserle avverso, rammenta con molto artifizio, che *Clodio* mandò già un servo armato di sica per uccider lui nel tempio di *Castore*. Il servo fu sorpreso, e confessò il misfatto. *Insidiator erat in foro collocatus, atque in vestibulo ipso senatus: nisi forte quia perfecta res non est, non fuit punienda.* Dunque ad onta della particolare eccezione di *Silla*, trionfò, e trionfò a danno della vita niente meno che di POMPEO, la regola antica, mentovata da CATONE IL MAGGIORE. Allora è che il conterraneo e panegirista di MARIO, con enfasi oratoria, non si degna già richiamarsi alla legge sillana (*qui cum telo ambulaverit hominis occidendi causa*), ma prorompe nella sentenza generale, ripetuta oggi da tanti, *perinde quasi exitus rerum, non hominum consilia legibus vindicentur: minus dolendum fuit re non perfecta, sed puniendum certe nihilo minus.* Ma da un tratto oratorio con cui si cerca, non di redintegrare quel giudizio di tentativo contro Pompeo, ma di caricar d' odio pubblico chi ne venne assoluto, possiam forse argomentare che il principio della legislazione antica non fosse stato più quello di CATONE IL MAGGIORE (§ 17)? *Hominum consilia vindicantur*, ma quando dan moto e vita all' effetto.

29. La legge cornelia *de sicariis* comprendeva anche l' uccisione del genitore. Nondimeno nell' an-

---

(7) Scritta sotto il terzo consolato di Pompeo, nel 701, circa trent' anni dopo la legge sillana del 672 (§ 26).

no stesso che CICERONE pronunziò la sua famosa orazione per *Milone*, POMPEO pubblicò l' ampliazione della legge cornelia, con la legge *de parricidiis*. E qui anch' egli volle fare un' eccezione alla regola, e punire il *conato* come il *misfatto consumato*. Ma quale specie di *conato?* La sola propinazione del veleno benchè non seguita da effetto (1). E pure *Silla* aveva eguagliato per tutte le persone la propinazione del veleno al veneficio consumato. Ma si trattava d' un *gius singolare* e d' una eccezione alla regola; e facendosi una nuova legge contro i parricidi, benchè *Silla* ne avesse anche parlato (§ 27), si potea dubitare, se essendo l' eccezione stabilita *contra rationem iuris*, potesse questa più trarsi da una legge vecchia, ed applicarsi sotto l' impero d' una nuova (§ 19). Quindi POMPEO replicò l' eccezione, e la replicò per il solo caso del veleno: il che non avrebbe fatto, se la sentenza, *non exitus rerum, sed hominum consilia legibus vindicantur*, fosse stata la regola de' giudizi penali. E ciò è tanto vero che un figlio il quale col ferro, e non già col veleno, attentò a' giorni del padre senza consumare il suo fallo, abbiam veduto come fosse stato poi trattato da AUGUSTO (§ 15).

30 Ultima addizione alle leggi relative alla sicurezza personale, o sia alle leggi relative a' reati di sangue, fu il tentativo di aborto: addizione tanto di dritto singolare e di eccezione, che vi fu l' esorbitanza di condannare a' metalli, o alla relegazione, anche coloro che *dolo non faciant*, e quel ch' è più, ancorchè la donna o l' uomo non ne muoia.

31. QUARTA ECCEZIONE. — *Fuga del servo*. — Tutto ciò che riguardava i servi, era di sua natura un *gius singolare*, un dritto eccezionale. Non fa dunque maraviglia, se un servo il quale si ascondeva in qualche luogo segreto della casa con

(1) L. 1, § ult. D. XLVIII, 9, *ad leg. pompeiam de parricidiis*.

animo di fuggire, benchè non ancora consumasse la fuga, era già considerato come fuggitivo (1).

32. Eccezioni nuove. — Ed ecco fino agli Antonini i quattro reati, ne' quali il tentativo era punito al pari del reato consumato; i due soli primi nell'antichissima repubblica; gli altri due per leggi posteriori. Augusto aveva poi confermato con le leggi *giulie* l'eccezioni sillane; ed Ofilio voleva aggiungervi il furto di qualche misura di grano o di olio tolta da un granaio o da una botte, quasi che questo dovesse considerarsi pel conato come furto del tutto. Ma Ulpiano il corregge: *verum est in tantum eos furti actione teneri, quantum abstulerunt* (2). Ne' tempi appresso montarono queste eccezioni ad un numero tale, che sovvertirono la regola. E pure Giustiniano in prevedere il caso della corruzione del servo, onde rubarlo al padrone, dice solennemente: *secundum iuris regulas, furtum quidem non est commissum* (3). Quali sono queste regole di dritto delle quali egli qui parla, se non è quella di Catone il maggiore, e di Ulpiano?

33. Non ho annoverato fra i casi di eccezione fino agli Antonini, quello del *tentato adulterio*, rammentato da Paolo (4), e punito *extra ordinem*, *propter voluntatem perniciosae libidinis*. Imperocchè io intendo parlare de' soli casi ne' quali il tentativo era punito per eccezione colla stessa pena del

---

(1) L. 17, § 4, D. XXI, 1, *de aedilitio edicto*. — Abbiamo sopra citato (§ 19) un passo famoso di Tacito sulle leggi eccezionali. E quivi appunto si parla del diritto di eccezione il più necessario agli ordini civili, qual è quello della milizia, e del più prepotente e contro la natura, qual era quello della servitù, l'uno poi raddolcito, l'altro abolito dalla nostra sacrosanta religione.

(2) Tanto Ulpiano era tenace della sentenza che abbiamo riportata al § 12, convertita già in proverbio da Catone il maggiore (§ 18 in nota). L. 21, D. XLVII, 2, *de furtis*.

(3) L. 20, C. VI, 2, *de furtis et de servo corrupto*.

(4) L. 1, D, XLVII, 11, *de extraord. criminibus*.

misfatto consumato. Se l' adulterio tentato era punito *extra ordinem*, ciò vuol dire che veniva estimato, non già pari al consumato, ma solamente alquanto più del semplice attentato alla pudicizia, il quale attentato, come dice lo stesso PAOLO, non sarebbe stato punito che come ingiuria (1).

34. Nè io credo, che secondo l' ordinamento giudiziario in tempo degli ANTONINI, gli altri misfatti tentati fosser sempre impuniti, o puniti soltanto se la parte di azione consumata fosse per sè stessa reato. Dico solamente, che il tentativo, tranne quei quattro casi, ed in quelle circostanze, non era punito mai come il misfatto consumato. Ma i magistrati romani non erano legati, come siam noi, dall' art. 200 della legge organica, il quale vietà di pronunziare altre pene all' infuori di quelle determinate dalle leggi, e nei soli casi dalle medesime stabiliti. Il loro mandato era; *urbem nostram fidei tuae committimus* (2); *cures malis hominibus provinciam purgare* (3); *magnum imperium habes post principem* (4): essi poi estimavano secondo le circostanze ogni azione (§ 6). È vero che non potevano a' casi non espressi applicar pene ordinarie, le quali erano tutte pene capitali (5); ma vi applicavano, secondo la loro conscienza, pene straordinarie, agendo *extra ordinem* (6). Così a qualunque misfatto tentato, se gli atti esterni manifestati

(1) L. 10, D. XLVII, 10, *de iniuriis*.
(2) L. 1, § 4, D. I, 12, *de off. praef. urbi*.
(3) L. 3, D. I, 18, *de off. praesidis*.
(4) L. 8, D. I, 16, *de off. proconsulis*.
(5) L. 28, D. XLVIII, 19, *de poenis*.
(6) L. 11; et 13, D. XLVIII, 19, *de poenis*. — Di queste pene straordinarie, non fermate dalla legge, tendenti a temperare il rigore delle pene ordinarie, si sente quotidianamente il bisogno ne' giudizii penali. I nuovi codici vi suppliscono col minimo al massimo della durata d' una pena temporanea, e col dritto di grazia in tutte le pene. I Francesi vi hanno pure supplito con la legge del 1824, accordando la facoltà in tut-

sembravano pericolosi alla pubblica pace ed alla sicurezza individuale, solevano applicarsi pene straordinarie, in tutta la latitudine della scala penale, ma sempre al di qua della pena ordinaria. Ed alle pene straordinarie si riferisce ciò che dice CLAUDIO SATURNINO: *puniuntur consilia, ut coniurationes et latronum conscientia; quosque alios suadendo iuvisse sceleris est instar* (1).

35. Le quali osservazioni sciolgono tutte le difficoltà che gli eruditi presentano. QUINTILIANO quando disse, *insidiatus civi, etsi non effecerit scelus, poenas tamen legibus solvit*, allude evidentemente col suo *insidiatus civi*, alla sola legge cornelia *de sicariis* (2). E SENECA quando disse, *omnia scelera, etiam ante effectum operis, quantum culpae satis est, perfecta esse*, lo disse in una declamazione da scuola (3): chè suo è lo stile gonfio anche nelle opere filosofiche; nè può esservi di più iperbolico, quanto il chiamar perfetto ciò che non è che cominciato (§ 13). E pure abbiam veduto che quando ei riferisce il giudizio di AUGUSTO, fa uso d'un linguaggio più esatto (§ 15). APULEIO (4) e MASSIMO TIRO (5), scrittori del tempo di ANTONINO PIO, non

---

ti i misfatti di punirli con uno o due gradi meno della pena scritta, quando le circostanze del colpevole sieno dichiarate *attenuanti del dolo;* tal che quello che per i reati contro la proprietà senza violenza, è detto nel nostro art. 453 ll. penali, è diventato quivi regola generale per tutti i misfatti con l'art. 463 del cod. pen. riformato nel 1832.

(1) L. 16, D. XLVIII, 19, *de poenis*.

(2) QUINT. Declam. 274.

(3) SENECA, Declam. 7, e nel lib. *quod in sapientem non cadit iniuria*, cap. 7; se pure non vogliamo intendere questo passo, che l'apparecchio p. e. è perfetto in quanto è apparecchio, e che il conato è pur tutto quello che è in quanto è conato; ma in quanto all'effetto pieno, il conato non è tutto quello che può produrre, nè è atto perfetto, se l'effetto pieno non ne accada.

(4) APUL. Florid. 3.

(5) MASSIMO TIRO, Dissert. 2.

scrivevano opere di legislazione, e le gonfiezze e lo stile ambizioso, particolarmente del primo, vi alterano la verità e la sostanza della cosa. *Omnibus bonis in rebus,* egli dice, *conatus in laude*, *casus in eventu est*; *et contra in maleficiis etiam cogitata scelera adhuc vindicantur*, *cruenta mente*, *pura manu*. Non trovate forse ampollissimo che l'evento sia sempre opera del caso? E che diremo della *cogitazione* posta invece del *tentativo*? Che della iperbole in quella mente cruenta e grondante di un sangue di cui non si è sparsa ancora una stilla (1)? Oltre a che niuno di costoro dice, che il conato si vendicava per regola con la pena stessa del reato consumato. Punirlo *extra ordinem*, era anche punirlo (§ 34).

36. Sembra dunque fuori di ogni dubbio che nell' antico dritto romano non trascorse mai come regola generale la strana sentenza che il conato debba punirsi sempre come il misfatto consumato, e che il non punirlo così, sia una eccezione. Quando avvenne dunque che si cadde in sì feroce sovversione di principî, che il cominciamento d' un azione il quale per ampollosità oratoria si disse da taluno *opera perfetta* (§ 35), si credette effettivamente tale nella realità della cosa? Da' greci sofisti ciò venne. Essi nella nuova sede dell' impero, ed in tutta l' Asia, tentarono contaminare di sottigliezze eretiche la nostra santa religione; e nel tempo stesso contaminarono di sottigliezze legali le massime generose che professò il foro sotto gli Antonini

Accipe nunc Danaum insidias, et crimina ab uno
Disce omnes.

37. Ucciso Papiniano da *Caracalla*, e poi Ulpiano sotto gli occhi stessi di *Severo*, i giureconsulti e la scuola della ragione cominciarono a man-

---

(1) Orazio, il più di tutti felicemente ardito nelle metafore, non osò dir mai *mente cruenta*, ma ira cruenta, *quem cruenta per medias rapit ira caedes.* Od. III, 2, v. 11.

care: nel quarto secolo della nuova era troviamo sofisti, ma niun filosofo o giureconsulo degno di nome. Quindi leggi crude, sedizioni, decadenza dell' impero, e sconvolgimento di ordini. Vennero *Arcadio* ed *Onorio*; e nel 393 *Ruffino* era prefetto del pretorio. Ambizioso costui, quanto poi fu crudele, cercava allora colla maschera ipocrita della pietà il favore del popolo, come scala a maggiore grandezza. Egli dunque provocò, e fece a sè dirigere la legge non mai abbastanza lodata intorno a' detrattori del principe (1), legge che dall' EURIPIDE ITALIANO così fu messa in bocca di TITO:

> *E che perciò? se il mosse*
> *Leggerezza, nol curo;*
> *Se follia, lo compiango;*
> *Se ragion, gli son grato; e se in lui sono*
> *Impeti di malizia, io gli perdono* (2).

Chi avrebbe creduto che questi due imperatori, dopo quattro anni, dovessero essere gli autori della legge *quisquis*, la quale puniva di morte e di confiscazione ogni minimo atto, ogni cenno, non pur contro di essi, ma contro i loro ministri (*pars enim corporis nostri sunt*); e che per evitarne l' odiosità avessero asserito, che ogni *conato*, anche nel senso di primo sforzo, era già dalle leggi antiche punito come reato consumato; e che nemmeno contenti a ciò, come dal fatto eran passati al nudo pensiero, così dal pensiero svelato da un solo, si fossero estesi a'sospetti del risentimento di famiglia, ed avessero nella medesima sorte tutti indistintamente ravvolti non solo i consapevoli del reo, ma i figli e la discendenza innocente?

38. Ma quella fu l' epoca delle sedizioni interne, delle ribellioni degli eserciti, delle invasioni

---

(1) L. un. C. IX, 7, *si quis imperatori maledixerit*, segnata nel 393.

(2) METASTASIO, *Clemenza di Tito*, atto 1, scena 8.

barbariche, della elevazione alle prime magistrature di uomini perfidi ed avari, macchiati del sangue de' loro predecessori, e poi vittime alla lor volta di giudizii atroci esercitati da ambiziosi peggiori (1). Fievoli d'animo i due imperatori, spaventati e mal concordi fra loro, e *Ruffino*, diventato già vero imperatore di fatto, e benchè suocero di uno de' due, odiato da tutti per la sua immane ed avida scelleratezza, ucciso ben tosto per congiura militare alla presenza del genero, ed il cadavero abbandonato a' furori ed agli scherni della più vile plebaglia (2); ecco qual era lo stato di allora. Tra queste procelle fu da regnatori deboli e atterriti, segnata nel 397 quella legge *quisquis* (3), proposta ad essi da iniqui e sanguinarii ministri; e nel tempo stesso l'altra che puniva di morte i pubblicani i quali esigessero le pubbliche imposte al di là della tariffa indicata dalla legge (4); e la terza *de ambitu* che puniva ugualmente di morte gli ambiziosi che con male arti cercavano torre di seggio i ministri e magistrati attuali (5). Intanto poco innanzi di questo tempo si era stabilito che anche senza le condizioni della legge cornelia *de sicariis*, il tentativo dell'uccisione di un fanciullo fosse punito nel capo (6); ed appresso era stata pure innasprita la legge indicata da Paolo contro gli attentatori della fedeltà coniugale: costoro furon puniti capitalmente come rei di adulterio consumato (7).

---

(1) Muratori, *Annali*, anno 393 e segg.

(2) Gibbon, Storia della decadenza e rovina dell'impero romano, cap. 29.

(3) L. 5, C. IX, 8, *ad leg. iul. maiestatis*, legge per l'appunto del 397.

(4) Muratori, *Annali d'Italia*, d. anno 397.

(5) L. 1, C. theod. IX, 26, *ad leg. iul. de ambitu*.

(6) L. 8, C. IX, 16, *ad leg. corn. de sicariis*. — Legge è questa di Graziano del 374.

(7) L. 5, C. I, 3. *de episcopis et clericis*. — Legge è questa di Valente del 377.

39. Così a poco a poco con sofisma evidente, la regola di Catone il maggiore si trasformò in eccezione, e l'eccezione cominciata per i soli veri reati di maestà, si cangiò in regola; e con tal regola come se fosse antichissima, si cercò coonestare l'asprezza fino allora inudita delle nuove conseguenze della legge di maestà. Per lo che noi troviamo come ragionamento della legge *quisquis* la sentenza: *eadem enim severitate voluntatem sceleris, quam effectum, puniri iura voluerunt*; e nella legge intorno all' ambito: *neque aliud inter coeptum ambitum atque prefectum esse; quum pari sorte leges scelus, quam sceleris puniat voluntatem* (1).

40. Gli autori ed i consiglieri di questi motivi e tra costoro *Stilicone*, adulato tanto da Claudiano ed Ausonio, caddero come sempre avviene, l'uno dopo l'altro, sotto la scure stessa ch' essi aveano affilata. Ma la turba de' pedanti forensi, e la turba de' pedanti accademici vi fece plauso. Mauro Servio grammatico, l'amico di Macrobio, scrisse in questi tempi il suo famoso comentario a Virgilio; ed a quel verso.

Ausi omnes immane nefas, ausoque potiti (2),

senza por mente che l'*ausoque potiti* indicava già misfatti consumati, e senza badare che questo verso chiude l'elenco de' più celebri scellerati giunti alla meta della loro malvagità (*vendidit hic auro patriam, hic fixit leges pretio atque refixit, hic thalamum invasit natae*), egli esce fuori con la sentenza del ministro da cui sperava pane: *Dicit Virgilius* SECUNDUM MOREM ROMANUM, *in quo non tantum exitus punitur, sed etiam voluntas.* Così dopo sei secoli dall' orazione di Catone il maggio-

---

(1) V. *supra*, § 4 e segg.
(2) Aen. VI, v. 624.

re (1), fu calunniata la sapienza dell' antico dritto, e fu calunniata a forza di cavillazioni, cioè di que' sillogismi acervali da sofista, co' quali, tolto alquanto dalla regola per una eccezione necessaria (qual fu per i misfatti di maestà e per i militari, § 20 e segg.), e poi altro poco per altra eccezione meno necessaria, e poi altro e poi altro, finalmente si scioglie in tutto l' acervo, e l' eccezione diventa regola, la regola eccezione (2): mezzo è questo per cui *ab evidenter veris, ad ea quae evidenter falsa sunt disputatio perducitur* (3). Al che si trasportarono con gran fervore coloro, che pur volevano qualche vanto di clemenza nella necessità di alcun perdono o impunità per quelle velleità le quali veramente son nulla, ed amarono farlo come per benigna eccezione, onde mercarne lode di mansuetudine, tanto più ambita, quanto men meritata.

41. Se non che io non ho maraviglia di *Servio*, nè di *Stilicone*, nè di *Arcadio* ed *Onorio*: miglior legislazione non poteva uscire da quei tempi, nè da quelle passioni. Maraviglia ho di Cuiacio, il quale in materia sì grave e di sì perigliose conseguenze, lascia da parte lo stile filologico e filosofico d' interpetrazione del quale è maestro, e Francese, seguendo la scuola francese, mette in un fascio, senza distinguere i tempi nè la ragion varia delle leggi, *Arcadio* ed *Onorio*, e *Paolo* e *Ulpiano*, e *Giustiniano* e *Valente*, e *Servio* e *Quintiliano*, e *Massimo Tiro* e *Seneca*, e chiu-

---

(1) L' orazione di Catone il maggiore fu pronunziata nel 585 di Roma, cioè 564 anni prima della legge *quisquis.*

(2) *Caudaeque pilos ut equinae,*
Paulatim vello, et demo unum, demo etiam unum,
Dum cadat elusus ratione ruentis acervi
Qui etc. etc. etc.

Hor. Epist. II, 1, v. 45.

(3) L. 65, *de reg. iuris.*

dendone l' elenco, forma de' loro brani, e di ciò che *contra rationem iuris propter aliquam utilitatem introductum fuit*, una regola; e della sentenza generale di Ulpiano, registrata nella l. 1, D. *quod quisque iuris* (§ 12), nata *ex re et ratione*, forma un' eccezione (1). Se non che egli poi dismente se stesso, dicendo che quella ch' ei chiama regola, vale solamente ne' misfatti gravi: negli ordinarii confessa che sarebbe iniqua. E qual è il carattere del *gius singolare*, o sia dell' eccezione, se non è per l' appunto una necessità pubblica che in alcuni casi nella bilancia della utilità civile pone lo straordinario ch' è fuori de' principii di equità (*non aequum, iniquum*) per contrappesare con più forte sanzione ciò che fuori dell' ordinario viene a romperne l' equilibrio? *Ex iniquo quod utilitate publica rependitur* (2). E perciò la severità di tal sanzione non può esser mai generale, e sarebbe iniquo se colpisse ogni tentativo. All' incontro in morale per chi sente la voce della conscienza e della religione, generalissimo e perpetuo è il sentimento di una ben marcata gradazione d' imputabilità, dall' *affetto*, o sia interna concupiscenza, madre del peccato, al primo attuarsi di esso allor che appena è conceputo e nascente, e da questo al peccato *consumato* (§ 17). Tal progressione dunque è la regola, il *gius universale*, il principio. La morale civile, il cui deposito è nelle leggi positive, non può essere che derivazione della morale universale e religiosa, la quale essendone il fonte vivo, può sola fissarne e dimostrarne veri i principî, ed additare e cir-

(1) Observ. VIII, 22, XV, 25. — Grozio agglomera pure insieme tutte queste citazioni senza distinguerne i tempi. *Florum sparsio*, ad l. 14, D. XLVIII, 8, *ad leg. corn. de sicariis*.

(2) V. sopra, il § 19 in fin., e le ll. quivi citate.

coscrivere la ragione di utilità pubblica che fa talvolta deviarne.

42. Anton Mattei copia Cuiacio (1); e Gravina, il nostro Gravina, lo copia del pari (2). Ciò non ostante entrambi sostengono, che ritenuta per i casi espressi quella ch' essi dicono antica regola, può il giudice passare per ogni altro tentativo a pene straordinarie e più miti (§ 34). Se quella dunque ch' essi chiamano regola, *non est producenda ad consequentias*, ciò mostra che fu scritta *contra rationem iuris*; e perciò avrebbero dovuto conchiuderne esser quella, non regola, ma eccezione.

Sez. III.

Scuola italica dopo la ricorsa barbarie.

43. Ben altra fu la scuola italica antica, e particolarmente la napolitana e prima e dopo della ricorsa barbarie (3). Non vi ha nazione la quale non si trovi

---

(1) Matthaei, *De criminibus*, proleg. cap. I, n. 5 et seqq.

(2) Gravina, Originum, III, cap. 85, *de lege corn. et iulia maiestatis*.

(3) Dell' indole perpetuamente benigna della giurisprudenza italica, e sopra ogni altra d' Italia, della napolitana, abbiamo largamente ragionato nella nostra *Procedura penale* (I, 181 e segg. § 188 a 190, 195 a 197, 234, 280 a 284, 430 a 436, II, 75, 124, III, 1406). Oltre i documenti storici quivi riferiti, ne abbiamo moltissimi nei poeti, voce fedele della conscienza universale, e per ciò della maniera di pensare e de' costumi de' loro tempi. Virgilio diceva degl' Itali antichi:

> *Saturni gentem, haud vinclo nec legibus, aequam*
> *Sponte sua, veterisque Dei se more tenentem.*
>
> Virg. *Aen.* VII, v. 213.
>
> *Tunc rami fructus, quos ipsa volentia rura*
> *Sponte tulere sua, carpsit, nec ferrea iura*
> *Insanumque forum vidit.*
>
> Idem, *Georg.* v. 500.

talvolta in tempi sì procellosi e sì fieri, che vi si rende necessario un reggimento eccezionale. All'incontro i cattivi principi, eccezione degli umani governi,

---

Di questo fenomeno nazionale è rimasto il documento ne' detti opposti, *aequum sponte sua*, e *ferreum ius*, o sia *lex stricta*; e la napolitana giurisprudenza si è distinta sempre per la prevalenza di ciò che venia significato con la prima frase, e per la impazienza indocile di ciò ch' esprimea la seconda. Quindi di Napoli è l' emblema del cavallo che va *sponte sua sine vinclo et lege stricta*. Si avverta che diciamo *sine lege stricta*, non *sine lege* assolutamente: se fosse *eslege* nulla sarebbe più vituperevole. — Giova riconoscere queste significazioni, per la intelligenza di un luogo di Stazio a cui miriamo in questa *nota*; e che caratterizza la giurisprudenza napolitana.

Mos, haud vinclo legum, sed sponte sua tenens gentem, non è altro che la prima giurisprudenza, la quale uscita spontanea dalla conscienza universale, previene ogni legislazione positiva: freno e custode n'è il pudor naturale; dal che il *iura fidemque erubuit* dello stesso Virgilio (*Aen.* II, 541). Ella da sè sola, senza le inuguaglianze feroci d'un comando armato di *verghe* e di *scuri*, non potrebbe mai tener unite le genti, se concorde alla civil natura dell' uomo, non fosse l' espressione de' suoi bisogni attuali: così solo le si ubbidisce spontaneamente, *sine rabie et iurgiis*, proprii di quella onde il poeta distinse *insanum forum*; sì che ridotta tal conscienza, o sia spontanea equità, in leggi scritte, ella non ha bisogno di *scuri*, se non contra coloro che la conscienza della equità naturale rinegano. Solo così si avvera, ch' ella vincitrice

volentes
Per populos dat iura.

Virg. *Georg.* IV; 561.

Ed ecco perchè delle leggi italiche, tutte figlie d' una conscienza costante di equità naturale, fu detto:

Certe iam latiae non miscent iurgia leges.

Statius, *Sylv.* IV, 4. v. 39.

In seguito vennero tempi ne' quali tutt' altro che spontanea e costante espressione della conscienza universale furono le leggi: necessità feroci, e reazioni di partiti sanguinarii le dettarono (*Proc. pen.* I, 188 in *nota*, II, 107 a 124, e qui *sopra* al § 38). Nel quale stato non posson esse pretendere una spontanea esecuzione: sono *armi truci* del partito vincito-

non possono sostenersi che con leggi di eccezione, le quali fino a tanto che ne duri il bisogno, pendono minacciose su' cittadini, come la spada di

---

re, piuttosto che leggi; e per essere ubbidite debbono sempre sugli occhi di uomini avversi sfolgorare nude e impugnate; *destrictus ensis super cervice pendens* (Hor. Od. III, 1, v. 17): tal che per poco che *strictus non rotat ensis* (Virg. *Aen.* X, 577), questo *dritto di ferro* s' irruginisce e si oscura, e l' equità naturale, benigna estimatrice della eguale utilità delle cause, ripiglia il suo luogo(*Proe. pen.* I, 1, 145, 184, 195, II, 74, 76, 80, 87, 120).

Or tale aggiunto *strictus*, proprio delle armi (dal che *stricto concurrere ferro* di Virgilio, *Aen.* X. v. 715) fu tratto tosto per metafora alle leggi *di ferro* di un superbo vincitore; le quali, onde rappresentarle in azione, furon dette *strictae leges*, perchè esecuzione non può sperarsene, se ferocemente imbrandite non incalzino gli uomini a guisa della scure in alto del littore. Così *strictae leges* sono in opposizione all'*aequum sponte sua*, al *ius sine fascibus*, *sine iurgiis*. *Strictae leges* non ammettono osservazioni, nè temperamento. *Aequum* per contrario è lo spontaneo precursore della buona legislazione positiva; e quando questa è ad esso conforme, ei n' è l' ausiliatore, l' interpetre ed il supplimento; mentre quando ella gli è opposta, non sì tosto si stanca la mano che stretta la rota attorno, ei riassume la naturale sua forza, e la rovescia, e si colloca a di lei malgrado in vece di lei. Quindi l' *aequum* è in prima la legge stessa; poscia è il temperamento *strictarum legum*; in fine è la forza, benchè lenta e tranquilla, che le getta nell' oblio; storia ideale e perpetua della giurisprudenza, figlia primogenita della equità naturale.

Di quelle leggi, nemiche naturalmente di pace, perchè fuori dello stato naturale, parlò Lucano, descrivendo l' epoca romana, quando la rabbia ne' comizii pubblici era estrema (*fori rabies*), sanguinosi e pregni d' ingiurie i dibattimenti giudiziali e politici (*iurgia fori*), e finalmente *ius datum sceleri* (*Phars.* I, v. 2). Che leggi mai eran queste? Spiravano forse quell' antica equità che le genti prime del Lazio, *haud vinclo sua sponte tenebat*? Erano *scuri imbrandite* sotto nome di dritto; erano *verghe* raccolte in *fasci*, non per significare in idea la forza unita dell' impero, ma per mostrarsi in fatto pronte a scaricarsi indistintamente sul buono e sul malvagio, sol ch' era di alcun di essi scontento il partito vincitore. Quindi Lucano esclama sconfortato:

Dionisio sul capo di *Damocle*. Ma le cose fuori del loro stato naturale, nè vi si adagiano, nè vi durano, disse il nostro Vico. Quindi dove la con-

Quis . . . tot strictas iure secures,
Tot fasces?

Phars. V, v. 12.

Strictae leges, in sì aspro significato della frase, sono per l'appunto *ius strictum ut destrictus ensis*, *ferreum ius*, *strictae iure secures*.

Nè Roma mancò di leggi sì triste da Silla sino a Domiziano: l'*aequum bonum* sol riprese su di esse il suo impero all'epoca fortunata degli Antonini (*Proc. pen.* II, 117). Allora cangiate le condizioni delle cose, tornò *strictum ius* ad una più onesta significazione, e divenne frase sinonima di *summum ius*, quello in cui gli antichi non volevano applicazione giudiziaria più larga delle sue parole. Tali sono le leggi di eccezione ed i privilegi (V. nel nostro vol. VI delle *Quistioni*, al n. II, le *note* 2, 5, 6. — V. *sopra* il § 19).

Or è marcabile che mentre il mondo romano tremava insanguinato sotto quelle che si dicevano *strictae leges* nel senso di *strictae iure secures*, la napolitana giurisprudenza, nata sotto il più bel segmento del benigno cielo d'Italia, ne trionfava, sì che avrebbe potuto dirsi di lei con Ausonio:

Atque bonos mores legibus antetuli.

Edyll. 2, *Epiced. in patrem*, v. 34.

Ed il nostro napolitano Stazio, quegli ch'è sì importante personaggio nella seconda cantica di Dante, benchè sotto l'impero di Domiziano, e non lodevole piaggiatore di lui, rileva al confronto di Roma, qual prima gloria della sua patria, che nella corruzione e viltà universale, *solum aequum sine fascibus* vi regnava: il che mostra che lasciatole il privilegio di vivere secondo gli antichi ed equi suoi usi, senza che, *virgas et secures videret* (Tac. ann. I, 59), se vi era pur necessaria la disputazione del foro (L. 2, § 5, D. I, 2, *de origine iuris*), questa, per la benignità del suolo e de' suoi abitatori, non vi degenerava mai in rabbia nè in contenzioni pregne d'inimicizie civili, ma era tutta equità naturale. Riassume ei dunque i pregi della nostra Partenope co' versi seguenti.

Mille tibi nostri referam telluris amores:

chè dopo averli riferiti tutti, conchiude, quasi per corona:

scienza della umana natura è più limpida e più forte, più presto l'equità naturale ripiglia il vigor suo, e va temperando in prima con la giurisprudenza leggi sì crude, e poi le rovescia e prende luogo di legge. Così abbiam vedute le eccezioni dure di *Silla* mancare di applicazione ne' giudizii, mancato che si vide il dittatore (§ 28): così le stesse che vennero rinnovate da tristi imperatori, cessero nell' epoca degli Antonini a' responsi de' prudenti (§ 4, 9, 12): così rimesse poi in vigore da altri, ad ogni aura di pace diedero luogo nel foro italico a temperamenti di equità; vicenda che non fu diversa dopo le nordiche invasioni. Imperciocchè riprodotta dallo stesso tumultuario andamento delle cose l'eccezione sillana intorno agli omicidii, già si era fin da' principii del secolo XIII da' nostri padri, sotto l'impero di *Federico*, raddolcita (1); e se per i venefici ella venne confermata in parte (2), ne' poculi amatorii si distinse sempre la pena secondo l'effetto (3). Anzi mentre qui ne' principii del se-

---

Nulla foro rabies, aut strictae iurgia leges
Norunt: iura viris solum et sine fascibus aequum.

Statius, *Sylvarum*, III, 5, *ad uxor.* v. 87.

Ci si perdoni una escursione sì lunga: questa nota ci si è slargata sotto la penna per la *carità del natio loco*, la quale in sì nobile dipintura dell'indole del foro napolitano ne ha spinti a comentare Stazio parola per parola. Perchè questi versi non sono scolpiti, qual inscrizione propria e solenne, sulla soglia de' nostri tribunali? Buona e bella Partenope, *dives opis natura suae*, se avvien mai che traligni e che anche il suo foro insanisca, non è ch' esaurito vi si sia il dono ingenito del cielo, ma qualche spirito degenere, menato da nordica rapina, vi rinega la sua patria,

Ventis iturus non suis.

Hor. *Epod.* X, v. 30, *Sat.* I, 1, v. 74.

(1) Const. *Asperitatem*, I, 22.
(2) Const. *Mala et noxia medicamenta*, III, 70.
(3) Const. *Amatoria pocula*, III, 73.

colo XVI un imperatore fiammingo dava agli omicidii tentati a colpo di schioppo la pena degli omicidii consumati (1), *Alciato* insegnava a tutta Italia in Bologna una teoria contraria, come già abbiamo sopra notato (§ 12). Ed era sì fissa per nostra giurisprudenza la regola di non potersi mai punire il tentativo come il misfatto consumato, che lo spagnuolo *Granvela* ne fè menzione in una sua prammatica del 1573, e stabilì una eccezione per gli omicidii con mandato, i quali benchè tentati, purchè vi fosse intervenuta ferita, volle puniti di morte (2). Ma tanta severità andò presto in disuso. Giulio Claro attesta di tutta l'Italia: *de consuetudine generali lex cornelia de sicariis, et omnes aliae punientes affectum, sunt sublatae.* La nostra real camera di S. Chiara, prosperando all'aura benefica dell'immortale Carlo Borbone, si formò di questo sistema una legge. Pubblicato poi nel 1786 il codice penale del gran Pietro-Leopoldo in Toscana, si vide sparita ogni sorta di eccezione intorno al tentativo, finanche ne'reati di maestà (3). In quest'aurea legge, che pur meritava d'esser meglio seguita in tutti i nuovi codici di Europa, si leggono espressamente esecrate *le massime stabilite ne' tempi meno felici dell' impero romano*, *o nelle turbolenze dell' anarchia de' bassi tempi*, e queste massime si chiamano *raffinamenti di crudeltà di tempi perversi*, *non tollerabili in veruna ben regolata società* (4). Il qual codice di Toscana si ricevette per tutto come l'espressione della coscienza universale d'Italia, specialmente per aver confermate le norme dalla nostra giurisprudenza precedentemente stabilite.

---

(1) Pragm. 1, *de ictu scoppictae.*

(2) Pragm. 1, *de assassinio*, promulgata da questo vicerè nel 1573.

(3) Art. 62, *cod. leopoldino* di Toscana.

(4) V. nel d. *cod. leopold.* il preambolo, e l'art. 52.

44. Intanto in Francia con gli art. 12 e 15 del codice penale del 6 ottobre 1791, su questi principî, venne moderata l'antica giurisprudenza francese, e solamente per eccezione i *tentativi* d *assassinio* e di *veneficio* si punirono come il misfatto consumato. Ma cresciutivi a dismisura i civili disordini, peggio che a' tempi di *Silla* e di *Arcadio* ed *Onorio*, una legge de' 22 pratile, anno 4, riprodusse più fiera la dottrina del Cujacio (§ 41), e per regola generale stanziò: *Ogni tentativo di misfatto, manifestato con atti esteriori e seguito da un cominciamento di esecuzione, ove non sia stato sospeso che per circostanze fortuite ed indipendenti dalla volontà del reo, sarà punito come il misfatto medesimo.* Ciò non ostante in Napoli gli autori della nostra legge penale de' 20 Maggio 1808, benchè allora la dettassero sotto la dominazione francese, rimasero stretti alla nostra antica giurisprudenza, ed il tentativo punirono di uno a due gradi meno del misfatto consumato. Anzi escludendo da questa regola l'azione in cui l'effetto fosse stato sospeso per pentimento del reo, restrinsero in questo caso l'imputabilità a que' soli atti consumati, i quali per sè stessi contenessero un reato. Per uscire da queste regole, n' esigettero una espressa derogazione (1).

45. Per contrario il codice penale di Francia, quantunque pubblicato nell'ebbrezza di alte glorie guerriere, stanziò con più forza il principio del giureconsulto tolosano e della legge del 22 pratile anno 4 (2). Nulla

---

(1) Art. 15, 16, 17, 18, 65, l. pen. del 1808.

(2) Art. 2 cod. pen. francese del 1810. — Si aggiunse in questo art. alla frase della legge del 22 pratile, *si la tentative n' a été suspendue*, l'altra, *ou n' a manqué son effet*, onde rendere più sensibile che *tentativo semplice*, *effetto mancato*, *effetto consumato* sono *unum et idem*. La frase poi, *par des circostances fortuites* ET *indépendantes de la volonté*, si disgiunse dicendo, *par des circostances fortuites ou indépendantes*, che ne rende più indistinta la forza. Solamente

è più secco, nè più rapido, nè più leggiero, quanto il ragionamento che di questa mal presa regola si dà ne' *motivi* e *rapporti* che accompagnano il codice: vi si parla di massima sì atroce, come d' un *vero primo*, che *non dimostrato è per sè noto* (1). E questo codice sì disforme dal nostro, fu dato a noi nel 1812 (2).

46. S' immagini qual effetto in chi era educato in altra scuola producsse una così nuova disposizione. Io ho raccolto ne' primi 22 *numeri* del *Supplimento alla collezione delle leggi* gli arresti i più marcabili della corte suprema, quasi tutti sulle mie conclusioni, dal 1813 fino al 1819, i quali confrontati a' comentarî ed agli arresti di Francia sull' art. 2 di quel cod. pen. mostrano che noi eravamo ben altro che *imitatores servum pecus*: lo stesso seme, per la diversità del terreno, fruttificò qui una giurisprudenza benigna, mentre asprissima, particolarmente sotto l' impero, fu quella di Francia. Eppure nella stessa Francia la coscienza universale vi resistette tanto, che al pericolo di veder punito il tentativo come il misfatto consumato, il più spesso i giurati pronunziavano: *no, l' accusato non è colpevole*. Uomini illustri facevano ne' loro scritti e dalla tribuna sentir fortemente l' esorbitanza della legge ed i mali che ne derivano. Ma tanta è la forza di un pregiudizio, anche nelle nazioni più colte, che non potette ottenersi altro nel 1824, che la facoltà a' giurati, in tut-

alle parole, *sera punie comme le crime même*, si sostituirono le altre, *est considerée comme le crime même*, le quali diedero poi presa a coloro che quantunque considerassero nell' *ausus* lo stesso proposito di chi *auso potitur*, pure non amavano dare la stessa pena a' due casi. Se non che per adempiere a questo voto vi fu bisogno di un atto legislativo, che vedremo assai imperfetto qui appresso al § 46.

(1) Dante, *Par.* II, 44.

(2) Decreto del 23 aprile 1812, che mise in attività il cod. pen. di Francia per il dì 1 di luglio di quell' anno.

te le materie ad essi sottoposte, di aggiungere alla dichiarazione di colpabilità, l' altra che decidesse, se in favore di uno o di più accusati dichiarati colpevoli, esistessero circostanze attenuanti: in questo caso si stanziò potersi attenuare la pena scritta (1). Ciò da indi innanzi ebbe un'applicazione frequente nel *tentativo*: anzi il bisogno di moderare la legge sul tentativo fu principalmente quello che ne fu l' occasione. Ma tal dichiarazione di circostanze attenuanti del dolo è sempre facoltativa, non obbligatoria; e perciò essendo un arbitrio dato a' giudici di fatto (§ 34), la incertezza e la ineguaglianza delle pene arbitrarie, benchè fra limiti di un minimo certo ed un massimo certo, vi si riprodussero ogni giorno.

SEZ. IV.

Ultima legge del regno.

47. Intanto fra le discettazioni in corte suprema su quell'art. 2, si formava fra noi il progetto delle nuove leggi penali (2). Convenivano tutti, che non dovesse farne parte questo art. 2. Si dubitò soltanto se fosse meglio adottare il sistema inglese che non riconosce *tentativo* punibile se non ne' casi espressi dalla legge, ovvero ritornare al nostro codice de' 20 Maggio 1808 contento ad una sola regola generale (§ 44), o distinguer questa in più d' una. Parve luminosa un' idea del ROMAGNOSI che distingue il reato fallato in due gradi, *tentativo*

---

(1) V. il § 34, *nota* 6.

(2) I decreti del 21 maggio 1814, e del 2 agosto 1815 instituirono le commessioni incaricate del progetto del nuovo codice che poi fu pubblicato nel 1819. Il progetto de' primi due libri delle ll. pen. e de' primi due delle ll. di proc. pen. venne dalla commessione a me che ne faceva parte, affidato.

propriamente detto, ed *effetto mancato* (1), e piacque restringer questa distinzione generale a' soli misfatti, e parlarvi espressamente del *pentimento*, come di cosa cui la morale, sì religiosa che civile, fortemente si attiene (§ 41). Si ritenne dunque dal cod. pen. francese la disposizione che il tentativo de' delitti e delle contravvenzioni dovesse essere impunito, tranne i casi di espressa e speciale eccezione; e del pari si ritenne la disposizione della legge de' 20 Maggio 1808, che sospeso il tentativo per pentimento del reo, non fossero imputabili che gli atti già consumati, purchè dalla legge avessero qualità di reato. Così partendo dall'interno consiglio dell'animo insino all'effetto pieno che vi corrisponda, sebbene possa riconoscervisi una serie concatenata di atti, de' quali l'effetto è l'ultimo anello ed il compimento, pure se prescindendo dagl'interni quando restano vôti di effetto (§ 9), si guardino i punti più sensibili della sola azione esterna, tal serie può distinguersi in cinque gradi: I, volere che si manifesta con apparecchi all'esecuzione, quando questa si arresti ad essi per una causa qualunque; II, volere che procede fino agli atti prossimi di tal esecuzione, ma più accennandola, che effettuandola; III, volere in cui questi atti prossimi si avanzano già verso l'effetto, ma con mezzi che non sono immancabili, sì che l'effetto svanir possa per pentimento, non che per circostanze fortuite indipendenti dal reo; IV, volere che si attua sino a tutti gli atti che dovrebber produrre immancabilmente l'effetto, ma ad onta di tutto ciò e malgrado dell'agente, rimanga fallata una volontà tanto efficace; V, consumazione piena di ciò che si voleva. Da questa gradazione di atti esterni nacquero gli art. 69 a 73 delle nuove leggi penali (2).

---

(1) Romagnosi, *Genesi del dritto penale*, parte 4, lib. 1, cap. 4.

(2) V. il *Preambolo* al n. II, § 10, 11 e 12, vol. 2

48. Per tal modo, dopo di essersi sancito, che fino a tanto non si esca dagli atti interni e dall' affetto, non vi è luogo a pena, la regola generale, il principio universale di applicazione di ogni legge penale appo noi, è che ogni pena che vi si stabilisce, non si debba che a' reati consumati. *Quid enim offuit conatus, si iniuria nullum habuerit effectum* (§ 12)? Chi consuma materialmente il reato, egli n'è detto *autore principale*, o semplicemente *autore*. Tutte le volte che la legge usa la frase *reato commesso*, intende sempre *effetto pieno*, *fatto eseguito giusta la volontà propria, reato consumato.*

49. Ma l' atto esteriore che già accenna ad un misfatto, benchè impedito ei non giunga a toccare il punto in mente segnato, non solo mostra malvagità di chi lo muove, ma può turbare fortemente gli animi, e produrre in colui al quale è diretto, non meno che in tutta la società, pericolo e sgomento. Non può dunque lasciarsi sempre intieramente impunito. E perchè questa perversità ed allarme è maggiore o minore secondo il fine a cui l' esterno movimento è rivolto, così la pena data all' adempimento di quel fine, esser dee per la natura delle cose, non la stessa, ma regolatrice della pena degli atti precedenti, diminuita in ragione inversa della vicinanza all' effetto: chè per quanto rapida possa essere un'azione criminosa, abbiamo già osservato (§ 5 e 47) ch' ella è sempre un movimento il quale comincia dal reo, in sino a tanto che ferisce l' oggetto il quale si prende di mira. Questo movimento può ben essere rappresentato in astratto dalla parabola che vien descritta nello spazio da un sasso lanciato da una fionda (1).

delle nostre *Quistioni*. — Questi art. 69 e 73 sono stati trascritti in *nota* appie del § 1 di questo trattato.

(1) *Signata citâ loca tangere funda.*

Tibullus, *ad Messalam*, IV, 1, v. 97.

50 Fin che la forza dell' uomo è in sospeso, *vis in conatu* (§ 3), può esservi pensiero, deliberazione, volontà di fare; ma non vi è azione, nè cominciamento di azione. La volontà di fare è la forza motrice, lo spirito che alimenta dentro ed informa le azioni imputabili (§ 10); ma non manifestata con atti esteriori, e rimasta al nudo pensiero, non è giudicabile che da Dio (§ 19). Questo principio nel nostro codice, che è il *cogitationis poenam nemo patitur* di Ulpiano in tutta la sua estenzione (§ 9), non è soggetto ad eccezione alcuna. Le eccezioni possono ben farsi all' altro principio: *nil offuit conatus, ubi iniuria nullum habuerit effectum*; ed esse nel nostro codice sono per quattro gradi segnate.

51. I. Tosto che l' uomo manifesta il pensiero o con le parole, o con lo scritto, o riunendo a sè anche altri a reo fine, o apparecchiando mezzi ed instrumenti atti a nuocere, ecco ei prende la pietra per lanciarla: già la sua *vis in conatu* dallo stato di sforzo comincia a mettersi in azione. Ma egli lancerà effettivamente la pietra? la lancerà per la direzione atta a ferire l' oggetto? la lancerà con forza proporzionata al suo fine? Se viene

---

Per fermo non è la fionda agitata che tocca il bersaglio; ma una frase sì viva serve a mostrare il rapporto intimo tra il principio motore e il suo fine, ad onta della serie de' movimenti intermedii, de' quali il primo col lanciamento della pietra sale tosto al secondo, il secondo elevandosi sino al culmine produce il terzo, il terzo ricadendo con forza per l' arco opposto genera il quarto, ed il quarto ubbidendo all' impulso ricevuto ed alla legge de' gravi, tocca il bersaglio. Così la frase, *puniuntur consilia*, sopprime tutta questa serie di movimenti, per rendere più sensibile il rapporto tra la prima causa e l' effetto ultimo: ma essi non vi sono per ciò men reali di quelli che naturalmente sottintendonsi nel *signata loca cita tangere funda*. L' *ausus* e l' *auso potiri* sono sempre due cose essenzialmente distinte e in due punti della linea. Il *proposito* che rende imputabili sì l' uno che l' altro, per la natura delle cose non li può render tali egualmente.

impedito in quel momento, quel poco che ha fatto è di esito sì incerto, che non merita di venir calcolato più del nudo pensiero. Quindi la legge assolve questi primi atti esterni; e se ne punisce alcuni, lo fa considerandoli rei per sè stessi, e lor dà nome proprio, e non quello del fine più reo al quale possono tendere. Così p. e. punisce la minaccia, come minaccia (1); lo scritto e il discorso sedizioso, come scritto e discorso sedizioso (2); l' ingiuria come ingiuria (3); la fabbricazione ed il porto d'arme vietata, come fabbricazione e porto d'arme vietata (4); la fabbricazione privata de' conî e delle macchine atte a far moneta, come tali e non altro (5). Le comitive armate nel fine di scorrere le campagne per commetter misfatti, punite già di morte dalle prammatiche (6), le adunanze illecite (7), la corrispondenza co' nemici dello stato (8), sono tutti atti i quali possono mirare ad un fine, ora più grave, ora più lieve; e perciò sarebbe ingiusto presumervi sempre il fine più reo, e più ingiusto punirli come se questo fosse stato raggiunto. Nondimeno sì fatte preparazioni e cominciamenti, comuni a più reati, segregano già uno o più cittadini dall'interesse generale dello stato (9); e perciò la legge ne fa altrettanti reati per sè stessi. Ne' casi particolari ov' ella ciò espressamente non faccia,

---

(1) Art. 161 ll. pen.
(2) Art. 140, 141, 142, ll. pen.
(3) Art. 356 e segg. ed art. 462, n. 5. ll. pen.
(4) Art. 148 e segg. ll. pen.
(5) Art. 268 ll. pen.
(6) Pragm. 30, *de exulibus*. — Art. 154 ll. pen.
(7) Art. 305 ll. pen.
(8) Art. 113 e 114 ll. pen.
(9) V. nella nostra *Proc. pen.* il § 542 della prima parte alla *nota*, ove queste pericolose segregazioni de' cittadini dall' interesse generale dello stato, abbiam distinto in cinque gradi, rappresentati dalle cinque voci, *pars*, *secta*, *secessio*, *factio*, *seditio*.

la minaccia non è che vana iattanza; l' apparecchio solo de' mezzi non è che stolto dispendio di forze; la stessa unione e concerto di più persone può esser materia di polizia preventrice, non di punizione. Solamente ne' misfatti di maestà propriamente detti, ristrettane però, come fa il nostro codice, la denominazione a quelli soli che niuno scrittore ragionevole ha sostenuto mai che non sieno tali, solamente in questi misfatti si punisce l' *apparecchio efficace* e la *cospirazione* con la stessa pena del misfatto portato a compimento, quando però i mezzi di agire sieno già concertati fra due o più individui (1).

52. II. Questo atteggiarsi al reato e questa preparazione, qualunque essa sia, non giunge ancora ad *atti prossimi di esecuzione*. Comincian essi quando l' effetto comincia ad accertarsi. Tutto ciò che noi diciamo *atti prossimi di esecuzione*, i Latini dicevano *ausus*. S' imbrandisca contro alcuno lo schioppo, si sguaini e si volga verso il petto di un altro lo stile, o agitando in giro la fionda in cui si è apparecchiata la pietra, si metta l' uomo in attitudine di lanciarla, ecco dopo il semplice apparecchio il secondo atto esterno. Noi lo chiamiamo *attentato*. Non potrei mettervi meglio sotto l' occhio la differenza fra il primo grado di azione esterna,

---

(1) Art. 109, 110, 111, 112, 125, ll. pen. — Negli altri reati dee distinguersi la *preparazione* dal *tentativo*. Munirsi di scale, di armi, di grimaldelli, posson essere atti preparatorii d' un furto, ma non giungono ancora alla prossimità del reato. Tale è il contraffare l' ordinanza d' un medico per procurarsi il veleno; ed il mescer questo in una bevanda è pur preparazione, non atto prossimo al veneficio. E nemmeno è ancora atto prossimo all' omicidio il caricare uno schioppo e mettersi in aguato presso la strada ove dee passare il nemico: *cum telo ambulare hominis occidendi causa* (§ 26). Si puniscono allora questi atti per sè stessi, se la legge penale li prevede come reati particolari, ma non si puniscono come furti, nè come veneficii, nè come omicidii.

e questo secondo, cioè fra l' *apparecchio* semplice e l'*attentato*, che recitandovi quei versi di Dante:

> *E quale il cicognin che leva l' ala*
> *Per voglia di volare, e non s' attenta*
> *D' abbandonar lo nido, e giù la cala* (1).

Se alcuno si atteggia e sta sull' ale ed ancor *non si attenta*, ecco l' *apparecchio*. L' *attentato* viene immediatamente poi, quando comincia un atto già prossimo all' esecuzione (2). Imperocchè se tutta l' azione prende le sue mosse dal pensiero, e ciò non fa che il pensiero sia per sè solo mai imputabile (§ 50), fino a tanto che l' uomo si occupa dello *apparecchio* de' mezzi, quantunque con opera efficace ed animata da crescente passione, pure se non cominci ancora a dar forma all' effetto, il pensiero può dirsi tuttavia in deliberazione; e perciò quanto fra questi limiti si fa, compreso *lo star sull' ale per ferire*, tutto è preparazione, tutto rientra nella regola, che di pena umana non è passibile il pensiero (§ 9). E benchè nel corso di ogni umana azione in generale, l' *apparecchio* de' mezzi sia di un grado dopo il pensiero (§ 47), e sia il primo anello degli atti esteriori di un consecutivo fatto penale, pure perchè discosto di poco dal pensiero, e molto dall' effetto, non si dice mai in legge *atto prossimo di esecuzione*: tanto è facile

(1) Purg. XXV, 10. — Ricordiamo ciò che sopra abbiamo detto in una *nota* al § 2, sull' intelligenza della parola *voglia*, onde conoscere la forza della frase, *per voglia di volare*. — *Star sull' ale*, è lo stesso che *star sul punto di muoversi*, non che preparato a muoversi:

> *Stavano per ferir quivi sull' ale.*
> Ariosto, *Fur.* XXVI, 4.

(2) Art. 124 ll. pen. La *prossimità all' esecuzione*, la quale comincia dopo l' *apparecchio*, ha i suoi gradi, prossimo, più prossimo, prossimissimo; *attentato, tentativo, effetto mancato*.

che ad onta degli *apparecchi* , esecuzione alcuna non ne accada. Il passaggio da questo anello al secondo, o sia dallo *star sull' ale* all' *abbandonar lo nido* e lanciarsi , è quello che ne' reati di sangue veggiamo all' impugnar dell' arme, inseguire, stare già già per afferrare. Questo è ciò che i Latini dicevano *primus ausus* ; non più *apparecchio*, ma *attentato* :

Ardens
Insequitur, iam iamque manu tenet (1).

Nondimeno questi secondi atti esterni la legge neppur punisce per regola generale, tranne i casi che ella con disposizioni speciali prevede come reati. Tali sono p. e. i casi dell' art. 124 e dell'art. 335 ll. pen.; cioè quelli che risguardano i reati di maestà propriamente detti , e quelli che attaccano il pubblico pudore (2). Ma il ladro che grida solo, *ferma, ferma* ; il venefico che sol si avanza a porgere l'avvelenata bevanda ; l' omicida che sfodera il pugnale o solo impugna il fucile; il falsario ch' è già in atto di cancellare un nome per sostituirvene un altro ; il carcerato che alza la lima per tagliare il cancello che il chiude ; tutti costoro non commisero fin qua che *attentati*; i quali atti, benchè sieno i primi che son detti in *prossimità all' esecuzione*, pure sono punibili soltanto, se il modo ed i mezzi ne sieno puniti dalla legge come reati. Imperciocchè non

---

(1) Virg. *Aen.* II, 530.

(2) L'art. 124 ll. pen. dice, che vi è *attentato di maestà* quando si è *commesso o cominciato* un atto *prossimo* all' esecuzione. Ma si osservi che gli art. 122 e 123 i quali in questi misfatti puniscono l' *attentato* come il misfatto consumato (sempre però con qualche differenza intorno al modo) ravvolgono sotto la voce *attentato* anche il *tentativo* ed il *misfatto mancato*. Negli altri reati poi è assai necessario distinguere dove finisce la *prossimità* per l' *attentato* e comincia la *prossimità* maggiore che dicesi *tentativo*. Altrimenti sarebbero mal conciliabili l'art. 132 , e l'art 335 ll. pen.

esce ancora dall' *attentato semplice* , quantunque stia sul punto di uscirne , chi sol innalza il ferro

e segna dove
Crede meglio fermar l' aspra percossa (1).

53. III. Ma il dire *atti prossimi all' esecuzione*, dice pure una serie di atti crescenti, dal loro principio o sia dal pensiero, sino al loro fine (2) o sia all'evento disegnato in pensiero. Dopo il primo *atto prossimo* ch' è l' *attentato* , i seguenti si van legando, prima ad egual distanza col principio e col fine , e poscia quasi accosto al lor fine. L' azione in questo progredimento non è più di esito lontano nè tanto incerto: è *ausus* tuttavia , ma avanzato assai verso l' evento. Allora al suo proprio carattere si congiunge quello del fine a cui tende. Per lo che non più si dice p. e. minaccia , nè più associazione di malfattori , nè più ferita o percossa , ma tentato o mancato incendio , tentato o mancato furto , tentato o mancato omicidio (§ 51).

54. Così il *tentativo* può idearsi al mezzo della linea parabolica , cui abbiamo assomigliato il corso di un' azion criminosa (§ 49). Il *tentativo* si ha , quando con la volontà di commettere l' azione , è giunto l' agente ad atti esteriori così prossimi all' esecuzione , che questa non ha avuto luogo non solo per circostanze fortuite ed indipendenti dalla volontà di lui , ma anche per essere rimasta ancora in di lui potere qualche altra cosa onde giungervi (3). L'atto dunque debb' essere non solo *inherens mediis ad finem tendentibus* , ma *coniunctus extremis suis ac fine*; tale però che il reo si trovi ancora nello stato di raddoppiar que-

---

(1) Ariosto, *Fur.* XXVI, 73.
(2) Facciam uso volentieri della frase filosofica di Dante:
Più al principio loro e men vicine.
Par. I, 110.
(3) Art. 70., ll. pen.

sti mezzi, e renderli più efficaci. Il *tentativo* in ciò differisce dall' *attentato*, che nell' *attentato* basta il cominciamento di un atto prossimo di esecuzione, il quale nel *tentativo* debb' essere, non avviato solamente, ma compiuto: l' *attentato* è un *tentativo* di *tentativo*. Per lo che è *tentativo*, se p. e. il ladro ha già aperto il mio scrigno e sta per impadronirsi del danaro; se il venefico ha appressato al labbro della sua vittima il veleno; se l' omicida ha già scaricato contro alcuno il braccio armato di pugnale; se il falsario ha con la matita o con lo spolvero ritratta la soscrizione che comincia con l' inchiostro a prender forma di vera; se la lima del carcerato ha tagliato parte de' ferri. Il ruotare una fionda nel disegno di scagliarla, è *attentato*; ed il fromboliere non commette che un *attentato*, se in questo movimento la pietra ne cade a' suoi piedi. Ma quando ei l' abbia già a segno certo scagliata, ov' ella giunta al punto culminante dalla sua parabola, venga da mano poderosa ch' ei non prevede, ma potea prevedere, rimbalzata indietro, questo è *tentativo*. Il *tentativo*, propriamente detto, è punito ne' *misfatti* di uno a due gradi meno del misfatto eseguito. Tal pena negli omicidî ha un raddolcimento maggiore, affinchè sia d' interesse del reo l' astenersi da colpi più fieri (1). Ne' furti tentati con violenza alla persona, la pena è intiera come ne' furti consumati (2); e questa è una delle maggiori eccezioni al secondo principio di Ulpiano (§ 12); il quale poi impera pienissimo ne' *delitti* e nelle *contravvenzioni*: in questi reati il *tentativo* non è punito, che ne' casi espressamente determinati dalla legge (3).

55. IV. Ma quando colla volontà di commettere il misfatto, si va oltre fino ad atti sì prossimi di

---

(1) Art. 354 e 355 ll. pen. — V. *sopra* il § 16.
(2) Art. 451 ll. pen.
(3) Art. 71 ll. pen.

esecuzione, che il reo abbia già fatto l'estremo di sua possa, e che nulla più rimanga per parte di lui onde intiero sortisca 'l effetto già preso di mira, e che questo non abbia avuto il successo suo pieno, per circostanze assolutamente fortuite e indipendenti da lui, già siamo alla discesa parabolica: può ben prevedersene vicinissimo e quasi certo l'effetto. Questo è il *misfatto mancato*. Tale è se il ladro abbia omai preso il danaro o altra cosa mobile in mano, e stia già per trasportarla; tale è se la sostanza venefica sia stata trangugiata; tale è se il piombo mortifero sia già partito a segno certo dallo schioppo omicida; tale è se il carcerato abbia già aperti del tutto i suoi ferrei cancelli, e sia trattenuto all'improvviso dalla forza pubblica, o da altro esterno accidente (1). Che se il furto *tentato* con

(1) Abbiamo dato poco prima un esempio di *falso tentato* in pubblica scrittura: non ne trovo di *falso mancato*, che solamente ne' casi ove la falsità è nell'alterazione fisica e materiale. Ma nelle falsità pubbliche per false soscrizioni, o per scritture fatte o inserite in registri o in altri atti pubblici dopo la loro formazione o chiusura, o per essersi nella stessa compilazione dell' atto disnaturata la sostanza sua o qualche sua circostanza, può ben esservi *misfatto tentato*, ma non veggo come possa esservi *misfatto mancato*. Imperocchè se per darsi *misfatto mancato* nulla dee rimanere per parte del reo onde mandarlo ad effetto, quando ad operare tal *falso* nulla gli resta a fare, sì ch' egli senta la malvagia gioia di esservi riuscito, il contraffacimento è già *consumato*. Vi si può mancare al fine ultimo del falso, come avviene quando la falsità del testamento per atto pubblico si scuopra prima che il falso erede tocchi la eredità agognata (§ 18); ma ciò niente rileva nelle falsità in pubblica scrittura. Tosto che l'alterazione vi è avvenuta, intiera è la pena che le spetta; perchè qui non tanto si mira al danno privato, quanto alla integrità della pubblica fede. All'incontro se siasi giunto in una scrittura pubblica sino alla falsa soscrizione, e prima che il notaio chiuda il suo atto, egli ne sia da circostanze fortuite impedito, tutto ciò può dirsi *tentativo* di falsità, ma non *falso mancato*; perchè rimane tuttavia per la parte di lui ciò ch' era più importante, la sua soscrizione, e la chiusura che rende inten-

violenza alla persona è punito sempre come il consumato (§ 54 *in fin.*), molto più debb' esserlo il *mancato*: gli omicidî *mancati* son puniti con pe-

---

tico l' atto. Quando questo è pur fatto, benchè il reato sia scoperto al momento, la falsità è già *consumata*, non *mancata*. Lo stesso può dirsi del *falso nummario*.

Per contrario nelle scritture private è difficile ad immaginare il *falso tentato*; più facile è il *falso mancato*. Fino a tanto che si sta ne' limiti del *tentativo*, la scrittura non è atta a nuocere, e perciò è carta vana; ed ogni *tentativo* è soltanto sforzo ed apparecchio. Ma poniamo che il reo con criminosa felicità giunga in una falsa obbligazione ad imitar sì bene la mia mano, che la soscrizione non vi si distingua da quella che io soglio, ed egli la disperda prima di farne uso in giudizio, e da me che la ho trovata, ei la richiegga giudiziariamente come vera a fine di farne uso a mio danno, fin qui in un reato che richiede due condizioni, *obbligazione falsa* ed *uso* di essa, la prima è adempita, ma la seconda non ha luogo che per circostanze fortuite indipendenti dal volere del reo, il quale nulla preterisce perchè ella si adempia. Sembra dunque che in questo caso siavi *falso mancato*.

E qui in materia di falso in privata scrittura io direi cosa, cui forse negherà fede ogni esageratore di opinioni estreme in fatto di pruova generica. Quando questa è ritualmente compilata, ella per certo ha una grande importanza, ma non decisiva: la vera pruova è la specifica. Talvolta la mano cui si vuol imitare, ha un carattere suo proprio ch' è quasi inimitabile, com' è la movenza e l' anima nella pittura, e che i nostri periti dicono *aria di scrittura*. Ma non tutti i dipinti sono di Rafaello o di Guido: il volgo de' pittori tira qua e là linee dure cui facilissimo è contraffare; e così avviene in quei che scrivon di rado e stentatamente. Intanto si vuole da alcuni che per darsi luogo a punizione del falso, i periti generici debbano sempre senza esitazione ed uniformemente affermare, che sia falso o falsificato lo scritto; quasi che anche nell' omicidio le tracce della violenza non possano talvolta rimanere ignorate. Ma l' omicidio alla fine è nella distruzione della vita, come è pur reato di distruzione il guasto e l' incendio: essi possono lasciar tracce assai grossolane di sè nel cadavere, nel danno fisico, nelle ceneri. Tale pure sarebbe il falso per materiale cancellatura o altra fisica alterazione d' uno scritto. Allora è facile la pruova del fatto permanente, nè vi ha bisogno di molta espertezza nel perito. Ma siccome il *falso* si ope-

na di due o tre gradi più mite de' *consumati*: d'un solo gli altri misfatti; eccezioni tutte più o meno forti alla seconda regola di Ulpiano. In essa restano i *delitti mancati* e le *mancate contrav-*

---

ra per imitazione, quanto più questa é ingannevole, tanto più raggiunge il reo fine: è un misfatto che non guasta o distrugge quello che è, ma cerca dare esistenza e vita a quello che non è. In questo caso se il contraffacimento è sì balordo che niuno possa riconoscervi la mia firma, è piuttosto un *falso tentato*, che un *falso consumato*, degno più di derisione che di pena. Ma se la mia mano sia stata sì bene imitata, che i periti tutti o alcuni di essi, non che il volgo, la prendano per simile alla vera, o almeno sieno incerti tra la verità e la falsità di essa, lungi dall' essere ciò argomento o dimostrazione legale del vero, è propriamente la pruova generica del *reato consumato*. Ed allora tutta la finezza dell'arte sta in vedere non tanto le linee, imitabili sempre, della scrittura, i cui mezzi non sono diversi in me, che nel falsario, quanto l'aria, l'anima, la movenza. Ma voler anima e movenza in chi non ne ha messa mai nel suo scritto, come avviene in coloro che appena giungono a poco a poco a segnare il proprio nome, è voler cosa impossibile ad ottenersi; ed un perito che parla d' *aria di scrittura* in costoro, presume troppo di sè, e non merita fede. Quante volte nella formazione materiale delle lettere, le stesse nostre soscrizioni cangiano di figura e di modi per fisici o per morali accidenti? I periti non possono dare che un giudizio di simiglianza o dissimiglianza a firme della cui verità tutti convengono. La dissimiglianza materiale non è sempre certezza del falso, come la simiglianza non sempre lo esclude. In tutti i reati a' quali dà forma la frode, non col distruggere, ma col creare imitando, l'imitazione, se non perfetta, almeno capace d'illudere i più, è quella che si richiede pel *reato consumato*. Vi è utile il far rivolgere l'occhio del giudice all'*aria* dello scritto, ma solo ove questo sia partito da una mano la quale, per l'uso continuo di scrivere, v' infonda abitualmente un' anima ed un carattere, spesso indefinibile, ma suo proprio. Per contrario se alcuno scrive di rado e come i fanciulli per lettere staccate, questo non è scriver spontaneo, ma uno stentato contraffacimento perpetuo; ed il distinguervi in una o due lettere, per un tratto di più o di meno, il vero od il falso, è vanto assai strano: quivi il falso, così *tentato* che *consumato*, non può ricercarsi che con le indagini specifiche.

venzioni, salvo se una legge espressa non ne sottragga alcun caso, trasportandolo nella eccezione.

56. V. Or l' apparecchiare mezzi e stare sull' ale, l' avventarsi con essi, l' eseguir quasi il reato, l' esaurirvi tutta la possa (quattro gradi de' quali i tre ultimi, prossimo, più prossimo, prossimissimo all' esecuzione, erano nella voce *ausus*), ed in fine il riuscir nell' effetto *ausoque potiri*, sono cinque movimenti progressivi, la di cui *somma* è la perfezione dell' atto, *summatum opus*, *consummatio*. Quindi la frase *reato consumato* (1), termine ultimo del corso d' un' azione volontaria vietata dalla legge. Nè altro che pur questo è l' andamento naturale di ogni azione umana volontaria, ancorchè virtuosa o indifferente. In Dio solo il cenno e l' effetto pieno son la cosa medesima: *fiat et factum est* (2). Ma l' uomo non va che per gradi; sì che anche nelle azioni le più rapide, tra il principio ed il fine scorre sempre una lunga linea (§ 5 e 47), la quale na-

---

(1) *Reato consumato* non è da *consumere*, ma da *consummare;* quasi *somma* di tutti gli atti che lo costituiscono, sì nell' interno dell' animo che all' esterno, dal pensiero fino all' esecuzione. Quindi gl' Italiani per dire *disegno che si manda ad effetto*, dicono *disegnò* che si riveste di corpo, anzi di carne animata dalla mente: *spiritus intus alit*; è un *disegno che s' incarna*:

> *Non starò per repulsa o finto sdegno*
> *Ch' io non adombri e incarni il mio disegno.*

Così Ariosto, Fur. I, 58. *Adombrare* è per tutti i tre gradi, che dopo l' *apparecchio* son prossimi all' esecuzione; cioè nell' *attentato*, nel *tentativo*, nell' *effetto mancato*, prossimo, più prossimo, prossimissimo, tutti rappresentati dalla voce *ausus* degli antichi. *Incarnare* è il *nisi perfecta re non conquiescere* di Cicerone. *Epist. fam.* I, 1. — V. sup. § 3.

(2) *Genesis*, I, 3, 6, 7, 9, 11. — Longino osserva come qui il divino linguaggio porga ben altro esempio del *sublime*, che non è il *nutu tremefecit Olympum* del Giove virgiliano, o del *dixerat et dicto citius tumida aequora placat* del virgiliano Nettuno.

turalmente si distingue in parti; e la prima diventa il mezzo necessario per giungere alla seconda: riassunta la prima nella seconda, dà il mezzo onde avanzarsi alla terza; e così alla quarta, e quindi alla somma di tutti questi mezzi. Arrestata l'azione esterna nel primo suo stadio, non avete che l'*apparecchio*; nel secondo, l'*attentato*; nel terzo, il *tentativo*; nel quarto, l'*effetto mancato*: giunta l'azione all'estremo dà il *reato consumato*.

57. Tre intanto sono le condizioni comuni a' tre gradi di mezzo, cioè all'*ausus* degli antichi, cui la legge nuova chiama *atti prossimi all' esecuzione*. — La prima è che l'oggetto cui ci attentiamo ferire, sia attuale e presente: ciò differenzia l'*ausus* dell' *apparecchio*, il quale può essere ordinato assai prima e lunge dall' oggetto a cui tende. — La seconda condizione è che dal movimento per questi tre gradi sia possibile l'effetto, sì che del reo possa dirsi *et ausus et potuit* (1). Chè se danaro non è nel forziere che si frange, se veleno non è nella sostanza che si mesce, se niuno trovasi presso l'albero ove si dirige il colpo onde fermarne sul nemico la percossa, l'illusione dell'agente e la sua speranza malvagia manca del subbietto del reato; e come non potrebb'esservi *misfatto consumato*, così può ben esservi un vano *apparecchio*, ma non mai *attentato*, nè *misfatto tentato*, nè *misfatto mancato*. La imputabilità dell' *attentato*, del *tentativo* e dell' *effetto mancato*, è nell'essersi dal reo volontariamente attuato il rapporto tra l'intenzione ed i mezzi e l'evento, sì che se i mezzi non sia possibile che producano l'effetto voluto, l'imputabilità del loro uso svanisce, a meno ch'essi non sieno per sè criminosi: la possibilità dell' evento esser dee secondo la natura della cosa, e non nella fan-

(1) Virg. *Aen.* IX, v. 428. — Da *ausus*, immedesimandovi la voce *fraus*, si generò il *fraudem frausus* di Plauto, *Asinaria*, II, 2, v. 20.

tasia dell' agente, benchè travolta da colpevole passione. — Da ultimo la terza condizione necessaria per darsi o *attentato* o *tentativo* o *effetto mancato*, è la *intenzione* di produrre l' *effetto*: così essi non possono mai avverarsi nel reato colposo: la loro imputabilità è nel volere il *fine*, e volerlo con tanta determinazione di proposito, quanta n' esigono i *reati consumati* (1). Se però i *mezzi* non sieno per sè stessi criminosi, ancorchè non producano l' effetto, benchè atti a produrlo, essi sono avvelenati da sì rea intenzione. Se poi sono criminosi, avranno doppia impu-

---

(1) Questa progressione, con la solita analisi filosofica in tutti gli affetti ed eventi umani che Ovidio dipinge, è segnata da lui nel descrivere la impudente violenza di *Peleo* in persona di *Teti* (*Metamorph.* XI, v. 239).

Occupat ; et quoniam precibus tentata repugnas ,
Vim parat.

Ecco quello che diciamo *violento attentato al pudore*, in cui la condizione *sine qua non*, che lo differenzia del semplice *apparecchio*, è la presenza della persona che si offende : essa è qui indicata dall' *occupat*, o sia *iam iam manu tenet*: chè da *teneo, tentum* abbiam veduto uscire *attentato* e *tentativo* (§ 3 e 52). Così nella lingua latina le condizioni comuni a tutti i gradi dello svolgimento di un' idea, sono rappresentate dalla radice comune a molti vocaboli, la quale è base comune alle molte gradazioni dell' idea; pregio non ultimo anche della lingua nuova d' Italia. — *Peleo* non si arresta all' *attentato*: va innanzi col suo reo proposito ,

innectens ambobus colla lacertis.

Ecco il *tentativo*. — Nè ristà, ma spiega perticace tutte le sue forze , sì che per incarnare il disegno reo , nulla dalla sua parte rimane più a fare :

Quod nisi venisses , mutatis mille figuris,
Ad solitas artes , auso foret ille potitus.

Ecco il *misfatto mancato*. E si avverta che tutti i tre gradi dipendono da quell' *occupat*, indicante , I, la presenza di lei; II, la volontà di lui di ottenere suo malgrado l' intento; III, la possibilità di riuscirvi , se non si fosse la donna prontamente cangiata in mille mostruose sembianze, mutamenti inaspettati e indipendenti dalla volontà dell' agente.

tabilità, e quella che hanno come fatti vietati, e quella che ricevono dal fine a cui si dirigono (1).

58. Riassumendo le quali cose nella immagine del fromboliere che fa alla sua pietra descrivere una parabola (§ 49), tal parabola ha una metà del suo arco dalla parte dell' agente, mentre l'altra metà va dalla parte del bersaglio. Nella prima parte è il punto di partenza cioè l'*apparecchio*, e dà

(1) Nella vita le azioni nostre volontarie sogliono andar per tre *fini*, il particolare, il comune a molte, l'universalissimo. Il primo diciamo anche *fine prossimo*: tale nella virtù è p. e. il soccorrere il bisogno di alcuno; e ne' reati è il soddisfare un reo particolar desiderio. Le leggi penali non guardano in prima che il fine particolare: tutti gli atti che menano ad esso sono *apparecchi* e *tentativi*. E questi a vero dire sono pure fatti compiuti per sè stessi, ma in rapporto a quel *fine* non sono che mezzi ed avviamenti. Così spesso in un reato consumato sta il primo passo e l' istrumento ed il tentativo di un altro.

Ciascuno che non sia fuor di senno, dispone i suoi fini particolari ad un *fine più generale*, norma e condizione di sua vita. Tale diventa il fine d' una passione che diciamo *dominante*. Il capitano p. e. che ha per fine il conquisto d' una provincia, ha le battaglie parziali come mezzi ed *apparecchi* e *tentativi*; e s' egli aspira alla gloria ambiziosa di Alessandro e di Cesare, ha ciascuno de' suoi fatti gloriosi, non per compiuto, ma qual mezzo e *tentativo* in rapporto al fine generale di cui si ha formato il destino della vita.

Nella morale universale ed evangelica il *fine* di tutte le umane azioni è il *sommo bene*, che altro non è che il *sommo vero*. Tutto quello dunque che operiamo, benchè sia compiuto in sè, sì in rapporto al fine particolare dell' azione, e sì in rapporto al fine più generale della nostra condizione di famiglia o professione, pure è *apparecchio* ovvero *tentativo* in rapporto al fine universalissimo, cui andiamo *ope divini numinis, per unum* MENTIS CONATUM *ad verum* (Vico, *de uno un. iuris pr. in conclus.*). Quindi le azioni tutte dell' umana vita si dissero *tentamenta*; e gli uomini, non appena si avveggono che queste per lo più non ottengono il fine, *auxilium coeleste petunt* (V. *sopra* il § 3, in *nota*). E ciò sempre più dimostra che *apparecchio*, *attentato*, *tentativo*, *effetto mancato*, *effetto pieno*, non prendono l'importanza graduata del nome, che dal *fine* più particolare o più generale che l' uomo si propone.

la spinta che genera il secondo stadio, l'*attentato;* atto prossimo all'esecuzione, ma ancora dalla banda del principio di azione. Il *tentativo*, atto più prossimo all'esecuzione, ma che distante quasi egualmente dal principio e dal fine, può dirsi nel culmine, non è senza qualche latitudine da questa e da quella banda, come l'hanno tutte le cose morali Tosto che il fatto *ad eventum festinat* (1), già piega all'altra banda, e già sicuro e investito di tutto quant'è il consiglio di una rea previdenza, si precipita verso il suo fine: se in questa discesa è arrestato, dà il *misfatto mancato*. Nel punto estremo a cui si va, è la *consumazione* del fatto. Un matematico potrebbe ridurre a calcolo severo tutti questi gradi di movimento; e forse quest'analogia inspirò al grande Alighieri l'idea di fare un trattato *de' delitti* e *delle pene* per via di *coni* e di *sezioni coniche*, una delle quali è la *parabola* (2).

59. Ed uno di tai *coni* nella *Divina commedia* è quello del *pentimento* (3) Nè il nostro legislatore ne obliò la forza. *Se il corso del reato*, egli disse, *sia stato interrotto per causa del pentimento del colpevole, egli allora non soggiacerà che alla pena degli atti già eseguiti, quante volte sieno dalla legge caratterizzati per reati* (4).

---

(1) Hor. *de arte*, v. 148.

(2) V. il nostro trattato *Dell' analisi e della sintesi*, § 20, 30, 31, 102.

(3) V. nel medesimo nostro trattato, il § 103. — *Il Purgatorio* è il *cono de' pentiti*, che a tempo si sanno rendere

Piangendo a Lui *che volentier perdona.*

Purg. III, 120, IX, 128.

L'innocenza vi è paragonata ad un *giunco schietto*: ella al pari di questo, rinasce più bella subitamente là onde dal pentimento si è svelta la colpa. *Purg.* I, 95, 136.

(4) Art. 73 ll. pen. — Tutta la teoria del *pentimento* è stata esposta da noi al trattato X, del vol. 4, delle nostre *Quistioni di dritto*.

All' incontro ove il corso del reato, non per causa di pentimento, ma per circostanze fortuite indipendenti dal reo sia stato interrotto, se il fatto che lo accenna, è per sè stesso anche un fatto preveduto dalla legge come reato (§ 56), si fa il confronto tra la pena che questo avrebbe per sè solo nel proprio suo nome, e l'altra che lo aspetta come *tentativo* d'altro misfatto o *effetto mancato*, quando già prende nome dal misfatto sbagliato. Così gli si dà delle due pene la più grave.

60. Ed eccovi, MIO CARO FIGLIO, tutta la storia, e con essa i principî della nostra legislazione intorno all' *ausus* degli antichi, che noi diciamo *tentativo*, voce che indica in generale tutti i tre gradi progressivi dell' azione, dopo l' *apparecchio*, e prima della consumazione. E *tentativo* indica più propriamente la specie ch' è in mezzo alle altre due. Vi ho posto sotto gli occhi l'antica sapienza italica, uniforme alla conscienza universale, nel principio di CATONE IL MAGGIORE (§ 17): ve ne ho indicato le sole eccezioni dettate da vera e costante necessità di stato (§ 21 a 25). Da quei tempi cominciarono i sofisti greci ad intorbidare in Roma la purità severa della morale legislativa fondata sulla conscienza (§ 6); le fu sostituita la torbida insolenza che i faziosi chiamar osarono fermezza civile; e vennero con essa le guerre intestine e il sovvertimento degli ordini (§ 7). Allora da una banda si moltiplicarono le eccezioni (§ 26), e dall' altra si esagerò la regola, invilendo e biasimando ogni più giusta eccezione (§ 24); sfrenatezza da ciascun de' lati, ed esorbitanze estreme, secondo che giovavano a quel partito o a questo. Venuti tempi migliori, i giureconsulti, e solamente i giureconsulti, ridestarono il fuoco sacro della ragione, la quale rimise in seggio le antiche regole di dritto, e le espresse con le due formole lasciatecci da ULPIANO (§ 9 e 12): fu breve il loro

regno, come quello de principi buoni. Trasportata poi la sede dell' impero in Bizanzio, i greci sofisti la invasero; e mentre questa scuola tentava con eresie strane sovvertire i principî della nostra sacrosanta religione, con eresie legali rovesciava da capo a fondo quelli della ragion civile: così le eccezioni divennero regola, e la regola eccezione (§ 36 a 39). Giustiniano cercò ripararvi, riducendo in corpo di leggi i frammenti di quei giureconsulti; ma la nordica barbarie sottentrata alla maestà latina, fra le sottigliezze crudeli della giurisprudenza feudale, bentosto le cose, là dov' erano giunte sotto alcuni de' più tristi dominatori che la precedettero, respinse (§ 40): la sola Italia, e particolarmente il foro napolitano, seppe sostenere, in tanta confusione d' incomposte dottrine, i principî, e ritirare verso di essi le leggi (§ 43 e 46). Così questi risorsero, e vennero finalmente stanziati negli art. 69 e segg. delle nostre leggi penali. Per tal modo voi già rivedete, in tutta l' antica sua luce, la regola di dritto, che, quando dalle leggi un'azione volontaria è percossa di pena, questa non si dà che alla *somma* di tutti gli atti fino all' esecuzione, cioè non a questo o a quell' elemento dell' azione, ma all' azione consumata: è il principio di Pietro-Leopoldo (§ 43). Il punire adunque il reato tentato o mancato è, propriamente parlando, una eccezione che riguarda i soli misfatti: i delitti e le contravvenzioni rimangono sotto l' impero della regola. Per lo che gli art. 69 e 70 delle nostre leggi penali, comecchè con tanta diminuzione dalle pene ordinarie, sieno sì moderati a fronte dell' art. 2 del col. pen. francese (§ 45), pure debbono riputarsi sempre come articoli di rigore; e perciò sempre debbono essere strettamente intesi, nè possono mai avere un' interpetrazione estensiva (§ 19). Che diremo de' casi rarissimi ne' quali l' utilità pubblica ha consigliato anche appo noi di punire l' *attentato* o il *tentativo* o l'*effetto mancato* come il *reato consumato*?

61. Ma quando così si guardano i tre gradi prossimi all' esecuzione d' un reato, ed anche l' *apparecchio*, non si vede che l'avviamento e la spinta operati da una stessa mano. Aggiungete all' agente principale molti coagenti e compartecipi. L' uno di costoro può intervenire al primo grado, e non agli altri; un secondo può intervenire a qualcheduno degli atti successivi, e non ai primi; un terzo può venire improvviso all' ultimo, senza aver avuto parte ne' precedenti. Ed ecco come la teoria della *complicità* si coordina naturalmente a quella del *tentativo*. Or voi troverete in tutte le età costante, che innasprita da un legislatore la legge sul tentativo, si esacerba di rimbalzo la legge sulla complicità. Così fecero *Arcadio* ed *Onorio* quando estesero a' più lievi conati, ed a tutti i consapevoli, le leggi di maestà (1); così fece *Giustiniano* quando approvò la legge di *Valente* che ne' reati contro la pudicizia puniva come misfatto consumato non meno la complicità che il tentativo, (2): così ha fatto anche il cod. pen. francese, ove indistinta è la pena de' complici, come indistinta quella del misfatto tentato e del consumato. Anzi questo codice va molto più in là; poichè dopo aver punito i soli tentativi de' misfatti come misfatti consumati, i complici, non de' soli misfatti, ma anche de' delitti e delle contravvenzioni, punisce indistintamente come gli autori principali (3). È ovvio il caso d' un autor principale o d' un complice che

(1) L. 5, § 6, C. IX, 8, *ad leg. iul. maiestatis.*

(2) L. 54, C. I, 3, *de episcopis et clericis*, a' §§ *poenas autem*, e *caeteros autem* — V. *sopra* il § 38 in fin.

(3) Art. 59 e 60 cod. pen. fr. — V. il nostro trattato della *complicità*, coordinato a questo del *tentativo*, nel n. XXII del vol. 4 delle *Quistioni*. — I codici italici sono tutti abborrenti di tali teorie transalpine. Del codice di Toscana abbiamo già ragionato (§ 43). Il codice penale di Parma (1820) non riconosce *misfatto mancato*: il *mancato* e il *tentato*, quali nella nostra legge del 1808, vi son riuniti in una sola sanzione penale; e

per pentimento si arresti all' *apparecchio*, all' *attentato*, al *tentativo* propriamente detto; ma è difficile concepire pentimento efficace nel *misfatto mancato*. La possibilità dunque di arrestare il corso dell' azione per pentimento, è uno de' più sensibili caratteri di differenza tra il *tentativo* propriamente detto, ed il *misfatto mancato*. Quando è vibrato il colpo senza che più altro rimanga all' agente di fare, non può sperarsi che nelle sole circostanze fortuite, non dipendenti affatto da lui. La speranza nell' agente può a noi venir solamente quando ancora rimanga a lui qualche altro atto per più assicurare la consumazione del reato (§ 54). Men ansia nell' *apparecchio* è tale speranza; più diffidente è nell' *attentato*; si attiene a filo assai debile nel *tentativo*; esce in tutto da' rapporti con l' agente e solo alle circostanze esterne da lui indipendenti si affida, nel *misfatto mancato*.

---

questa nell' art. 79 di quel cod. è d' un grado meno del *misfatto consumato*. Ma il codice penale sardo, pubblicato venti anni dopo il nostro (nel 1839), ha adottato la medesima nostra legge, distinguendo il tentativo dall' effetto mancato ne' suoi art. 102 e 103. La *complicità* vi è coordinata a questi art. relativi al *tentativo*. — La Francia, come abbiamo sopra osservato (§ 46), ha pur sentito il bisogno di riparare alla troppa severità, non meno dell' art. 2 del suo codice penale, che delle altre sanzioni dure delle quali esso abbonda: vi accorse con una legge generale del 1824, renduta più compiuta nel 1832 con l' art. 463 aggiunto al codice penale, per lo quale le pene de' colpevoli sottoposti al giudizio de' giurati, possono venir modificate per circostanze che costoro riconoscessero *attenuanti* del dolo. Ma i pubblicisti ed i giureconsulti francesi non han mancato di rilevare i difetti di sì fatta legge, ed avrebbero pur desiderato, che fosse stato rivolto in legge ciò che nel suo *Dritto penale* ragionò con tanta filosofia ed eloquenza il professore P. Rossi, oggi pari di Francia, sul proposito del *tentativo*. Quanto ei disse è conforme a' principî del dritto penale napolitano. V. Boitard, *Leçons sur le code pénal*, XIV, nu. 132, 183, 184, 185. — V. Chauveau, *Code pénal progressif*, all' art. 2 e 463 del codice penale francese rifatto nel 1832.

62. Ma entrare in tutti i particolari di questi rapporti mi menerebbe troppo lungi dal mio primo proposito. Parmi avervene indicato già quanto basta. Fecondatelo voi con le vostre meditazioni. Se non che io dico volentieri a voi ciò che CICERONE diceva a suo figlio; nè per fermo oserei dirlo ad altri che al figlio mio. Vi ho dato, io ripeto con lui, maestri e libri eccellenti; pure siccome in tutti i miei studî da' fonti antichi dell' italica sapienza fui intento a derivar sempre i principî, nè soltanto nella filosofia, ma anche ne' giudizî e nella mia lunga esercitazion forense ciò feci, lo stesso stimo che dovreste voi fare. Ecco perchè quello che per altri avrei cercato più sommariamente di esporre, l' ho espresso a voi con tutte le particolarità storiche filosofiche e pratiche fra le quali, troppo forse del suo soggetto invaghita, la mia mente si è oltre spaziata. Studiate quanto ho detto, studiatelo con diligenza. Non chiedo altro che questo. Delle cose poi farete uso secondo il vostro giudizio. Voi ben sapete quanto io creda stolto e risibile il pretendere d'imporre altrui come leggi le proprie opinioni (1).

(1) CIC. *de officiis*, I, 2.

APPENDICE
AL TRATTATO PRECEDENTE

COLPO VOLONTARIO

CHE USCITO AD OMICIDIO TENTATO NELLA PERSONA CONTRA CUI FU DIRETTO, UCCIDA UN ALTRO NON PRESO DI MIRA.

Leniter, ex merito quidquid patiare, ferendum est:
Quae venit indigno poena, dolenda venit.
Ovid. *Heroid.* V, v. 8.

SOMMARIO

I. Conscienza universale, condannatrice costante di chi uccida alcuno fuor d'ogni sua aspettazione, § 1. — Omicidio colposo, d. § 1. — Omicidio *innoxii pro noxio*. — Omicidio per errore di persona. — Colpo volontario, che diretto ad uccidere alcuno, uccida altri non preso di mira, § 2.

II. Di quest' ultimo caso ci occupiamo: esso dà luogo a tre quistioni, § 3.

III. *Prima quistione*. — È egli volontario l'omicidio che ne risulta? Tal quistione è risoluta affermativamente dalla conscienza universale, § 4.

IV. Grozio e Puffendorfio col punire della pena dell'omicidio quello solamente che si volle, benchè sia mancato, rimangono inestimato l'omicidio che realmente avvenne, § 5. — Pericolo di questo sistema nello stato delle leggi del regno, § 6.

V. Nel caso proposto l'omicidio che realmente avvenne, non può dirsi colposo, § 7 ed 8.

VI. La quistione non può venir risoluta che dal principio morale che riguarda l'umanità tutta intiera, § 9, 10, 11, 12. 13. — Agire per principi generali è spontaneo nell'uomo, così nelle passioni ree, come nelle virtù, § 14 e 15.

VII. Col moral principio generale riguardante l' umanità più che l' individuo, si risolve affermativamente la prima quistione, § 16.

VIII. *Seconda quistione.* — L' omicidio commesso in persona di alcuno, mentre altra era quella che si voleva uccisa dall' agente, riceve in sè trasfuse le qualità che avrebbe avuto l' omicidio che si voleva? § 17.

IX. Casi varii, di varia imputazione secondo la causa motrice, considerata nel rapporto individuale tra l' uccisore e colui ch' ei prese di mira, § 18. — Omicidii giustificati: omicidii scusabili, d § 18. — Unità del colpo necessaria per la giustificazione e per la scusa nel caso proposto, § 19.

X. Omicidii qualificati per perversità di consiglio, puniti più severamente per garentia comune: caduti secondo il caso proposto in chi non è preso di mira, sarebbero pure qualificati, § 20. — Non lo sono, quando la pena più grave è data solamente per garentia della condizione particolare di quest' individuo o di quello, § 21.

XI. *Terza quistione.* — L' omicidio in disputa può prendere qualità dalla persona ch' effettivamente si uccise? Si risolve negativamente, § 22.

XII. Conchiusione, § 23.

SUNTO DI LEZIONE

ALLO STESSO MIO FIGLIO

Fa tanta pietà il vedere alcuno fuor d'ogni aspettazione ucciso, e tanta indegnazione ne accompagna l'avvenimento, che la stessa innocenza della intenzione, non che l'averne una diversa, non giunge mai ad assolverne la colpa (1). Mal represso nell'omicida lo strazio del rimorso interno da un lato, e gli altrui rimproveri ed abborrimento dall'altro, ne sono le prime pene naturali; voce della conscienza universale, che non permette a' datori delle leggi positive di lasciar impunito chi dell'altrui sangue, anche suo malgrado, si macchia (2). Parlammo altrove di colui che per negligenza, per disattenzione, per imprudenza, per inosservanza di regolamenti, dia involontariamente causa ad un omicidio (3). Qui intendiamo ragionare di chi creda a-

(1) *Leniter, ex merito quidquid patiare, ferendum est:*
Quae venit indigno poena, dolenda venit.
Ovid. *Heroid.* V, v. 8.

(2) Di questi rimorsi e rimproveri son piene le favole antiche e le istorie. Chi non sa le furie d'Oreste? Gli si rimprovera:

Tu la uccidesti. — Io parricida?... — Il ferro
Vibrasti in lei, senza avvederten, cieco
D'ira, correndo a Egisto incontro.... — Oh quale
Orror mi prende!.... Ove son io? che feci?....
Chi mi trattien? Chi mi persegue?... Ahi dove,
Dove men fuggo?... ove m'ascondo?
Alfieri, *Oreste*, scena ult.

(3) E l'oggetto de' primi venti num. del vol. 2 delle nostre *Quistioni*.

ver causa di uccidere alcuno, iniqua o scusabile o legittima ch'ella sia, ed uccida di fatto un altro cui quella causa non spetta.

2. Questo caso si distingue naturalmente in tre. Il primo e più grave è quando il colpevole agisca con proposito deliberato di vendicarsi di una offesa o di una supposta offesa contro chi non fu il suo offensore: è l'omicidio *innoxii pro noxio*, preveduto già dalle nostre prammatiche, trascurato dalle leggi francesi, punito, come il fu prima, di morte dalle nostre ultime leggi. In esso la rea volontà debb'essere esplicitamente diretta contro l'ucciso, animata dall'iniquo consiglio di sacrificar lui all'odio, p. e. contro il suo padre, contro il figlio, contro il coninge, contro il fratello, contro l'amico, contro il cittadino (1); vendette atroci del medio evo, nemiche dell'aurea pace, sicurata dalla propria innocenza, e sovvertitrici di ogni ordine civile (2). La seconda specie è l'omicidio che si commette, con volontà determinata di uccidere per l'appunto colui cui dirigesi il colpo, ma supponendolo altri da quello ch'egli è; errore di mente nella persona, ma non di forza e direzione nel colpo. La terza è nell'errore del colpo, ed in tanto commercio di umanità in cui siamo, oggi la più ovvia, quando un colpo volontario, scagliato per uccidere una persona determinata, vada a spegnere un'altra, non presa nominatamente di mira. Questo è il caso in cui ci occupiamo. Ov'esso avvenga, non vi ha tra coloro cui ne giunge notizia, che non pensi alla facilità di esser tocco da simil

(1) Che male ti ho fatto? diceva l'agnello al lupo:

Pater, hercule, tuus, ille inquit, maledixit mihi:
Atque ita correptum lacerat iniusta nece.

PHAEDRUS, fab. I, 1.

(2) Tutti gli autori che mettono in iscena i pregiudizii feroci del medio evo, sono pieni di queste ire tiestee. V. SCHAKSPEARE, *Giulietta e Romeo*.

colpo, e non tremi; costernazione ed allarme, che in proporzione del pericolo che lo cagiona, accresce la compassione per l'ucciso, ed il voto per la pena contro l'uccisore (1).

3. Sentimenti son questi spontanei, universali, ma sempre passionati e torbidi, come tutti i movimenti primi di conscienza popolare. Non sì tosto essi passano ne' giudizî, la giurisprudenza se ne investe, ed ella spogliandoli appoco appoco di ogni passione, con analisi filosofica li distingue naturalmente, e ne svolge il principio. Questo può venir graduato per tre quistioni. — I, L'omicidio che sarebbe stato volontario, quante volte fosse avvenuto nell'uomo preso direttamente di mira, sarà pur tale, quando il colpo diretto a costui, uccida altri non

---

(1) È il caso descritto da Virgilio nel lib. X, v. 776 e segg. dell'Eneide. Si mosse *Mezenzio* contro di *Enea*, e

Trasse.... Stridendo andò per l'aria il telo,
Ma giunto, e dallo scudo in altra parte
Sbattendo, da lontan percosse Antore.

Sternitur infelix alieno vulnere.

Caro tradusse quest' emistichio:

Cadde il meschino
D'altrui ferita.

Quanta pietà ci desta, espresso qui in versi soavissimi, il caso infelice di un uom virtuoso, ucciso nella mischia per un altro! Come fecondo di sentimenti, accresce l'indegnazione contro l'uccisore! Freddissimo per contrario in Silio Italico (*Pun.* VII, v. 630) lascia gli animi la sorte del guerriero, che cadendo su d'un cadavere, incontra, infissa già in questo, la punta di un giavellotto, e muore

telo non in sua vulnera misso.

Tanto è vero che un fatto per commuovere dee ritrarre un pensiero dell'agente, dal quale il fatto prenda corpo, e che lo informi per tutte le sue conseguenze. Questo allora altro non è che un disegno incarnato, un ritratto vivo dell'animo, che trasfonde in cuore di tutti l'ira o la pietà, e tra questi affetti un senso d'imputazione del fatto nella lode che si dà ad esso o nel biasimo.

disegnato dall' agente? — II, E se volontario è pur quest' omicidio, sarà forse semplice, o qualificato, o scusabile, del pari che sarebbe stato quello che si volea commettere? — III, Può esso mai prendere qualità dalla persona che di fatto fu spenta?

4. La prima quistione fu risoluta sempre affermativamente (§ 2), pria che una scuola sofistica non avesse con la maschera della umanità cercato di rallentare il freno e minuir la forza delle leggi (1). L' uniformità e costanza del giudizio medesimo, dato per solo sentimento quasi senza riflessione, è un fenomeno nelle cose morali che ne dà l' indizio il più certo di esser esso conforme alla comune umana natura. Indagando questa, se ne conoscono i motivi; e ciò ch' era senso umano, diventa ragione e parte della scienza.

5. Grozio e Puffendorfio considerano solamente nel proposto caso il reato voluto sulla prima persona che n' è scampata, quasi che il colpo ricevuto da altri non debba giudicarsi che come un danno fatale. Così ricorrendo al principio di Callistrato, che ne' malefizi, non l' esito, ma la volontà dee guardarsi (2), e seguendo in esso le esagerazioni di Apuleio, di Servio, di Carpzovio, non lo intesero già, qual lo intendeva l' antico giureconsulto, per volontà che prende corpo e s' incar-

---

(1) Ne abbiamo veduto un esempio niente meno che in Cesare, non che ne' *Catilinarî* e ne' *Clodiani*. V. il § 24 del nostro trattato *sul tentativo*. L' impero sanguinario di *Marat* e consorti fu preceduto in Francia dal più filantropico trattato di lui contro la pena capitale. Rintuzzare la scure che minaccia i più grandi misfatti, per meglio affilarla poi contro la virtù e l' innocenza, è l' arte di coloro che prima cercano disarmare e rendere odiosa e spregevole, e poi spegnere l' autorità legittima nell' incendio delle sedizioni e nel sangue.

(2) Grotius, *Florum sparsio*, ad l. 14, D. XLVIII, 10, *ad leg. corn. de sicariis*, o sia alla sentenza di Callistrato: *in maleficiis voluntas spectatur, non exitus*. — Puffend. *Jus naturae et gentium*, I, 3, § 16.

na nel fatto, sì che solo nel fatto la volontà debba estimarsi: essi seguirono la scuola di coloro i quali pensano, che come la malizia dell' agente, o che giunga o non giunga all' effetto, o che un uomo ne cada estinto od un altro, tosto ch' è pronunziata con atto esterno che accenni il reato voluto, rimane sempre la stessa, nè può mai dirsi nel corso suo menomata, così ovunque vada il colpo a cadere, la stessa pure dee rimanerne la pena (1). Ma nel caso proposto noi abbiam due reati, l' uno in persona di chi si prende di mira, l' altro in persona di chi viene effettivamente ucciso. Il primo non è uscito che a semplice *tentativo*; ed abbiamo altrove dimostrato che non per il principio generale di Callistrato, ma per cruda eccezione di Silla e di Augusto, il particolar tentativo dell' omicidio venne considerato come il misfatto consumato Che diremo intanto del secondo reato? La quistione è meno della pena, che della estimazione del fatto. Sarà questo un omicidio volontario consumato, ovvero un omicidio colposo? L' avvenimento dee considerarsi tanto relativamente a colui che si ebbe intenzione di uccidere, quanto relativamente a colui ch' effettivamente fu ucciso. Grozio e Puffendorfio lo estimano sotto il primo rapporto, mentre inestimato lo lasciano sotto il secondo.

6. Il qual modo di ragionare riuscirebbe per la sicurezza sociale assai periglioso nello stato delle nostre leggi penali intorno al tentativo, e nello stato delle nostre leggi giurisdizionali e di procedura, che tanta cura mettono nel distinguere il fatto estimato dall' applicazione della pena. Imperocchè dichiarato oggi il primo fatto essere al più un

(1) Carpzovio, *ad const. saxon.* part. IV, const. 6, defin. 1, 2, 3, 4. Enzio nel suo comentario a Puffendorfio, ravvicina in ciò il suo autore a Carpzovio. Grozio cita Apuleio, Servio e gli altri citati da noi nel nostro trattato *sul tentativo* a' §§ 10, 35 e 40.

omicidio mancato, il secondo non entrerebbe nel calcolo: il colpevole profitterebbe della benignità della legge, mentre scoperto di ogni garentia penale rimarrebbe chiunque senza propria colpa può esser da percossa, destinata ad altri, raggiunto. Ma non dee forse esser più sollecito il legislatore della sicurezza di cento e mille che possono trovarsi in questo caso, che di quella di un solo, qual è colui che si prende nominatamente di mira? Qua l'interesse è più individuale; e chi è ferito per risentimento che nel feritore ei destò, ben di rado non ha anch'egli il suo torto. Là l'interesse è più generale; e sarebbe un tradirlo, ove camminando alcuno sicuro di sè, *sotto l'usbergo del sentirsi puro*, fosse toccato da colpo ad altri mal diretto, e nulla offrir potesse dal suo lato alla estimazione dell'autorità punitrice. Questa improvidenza non può supporsi mai nella legge. Non dunque dalla teoria del tentativo può togliersi il principio che dee risolvere la quistione.

7. Nè parmi migliore la via di chi scende con noi a considerare due reati nel fatto, ma chiama diretto e volontario il primo, indiretto l'altro e colposo. Indiretto certamente e colposo dee chiamarsi l'omicidio, se alcuno andando a caccia in luogo vietato, mentre vibra il colpo contro una fiera fuggitiva, uccida una Procri, ascosa in mezzo a cespugli (1). Qui avremmo un reato doloso nella contravvenzione al divieto della caccia, ed un reato meramente colposo, o sia di sola man-

(1) Ovid. *Met.* VII, v. 840 et seqq. — Ivi sono i versi memorabili, i quali dalla irreparabilità del fatto e dal dolore e rimorso che se ne pruova, mostrano nella conscienza universale il principio della teoria della colpa.

Hei mihi!.... et errorem tum denique nominis esse
Et sensi, et docui: sed quid docuisse iuvabat?

canza di previdenza nella uccisione della donna (1). Ma nel caso proposto l'intenzione è di uccidere un uomo, non già una fiera. S'immagini che nel fervore della caccia vietata, si presenti in nome della legge il guardiano del bosco; ed il contravventore vibri a costui per ingiusto risentimento il suo colpo, il quale rasentandogli il fianco, vada ad uccidere la figlia che gli correva appresso: ecco tre reati; volontaria la contravvenzione di caccia, volontario il tentato omicidio in persona del guardiano: il terzo è l'omicidio effettivo. Chi avrà coraggio di dire commesso questo per pura inavvertenza, disattenzione, imprudenza, inosservanza de' regolamenti? Il senso comune vi si oppone; ed il senso comune è sempre inspirato da' costanti movimenti della comune umana natura: in questa n'è il principio, che chiaro per sè stesso, sol può essere oscurato da qualche pregiudizio di scuola (2).

8. Ne' reati di sangue, la volontà intesa a produrre un effetto determinato, rende responsabile l'agente di tutte le conseguenze più gravi ch'ei dovea prevedere: esse sono considerate, non già volontarie, perchè non vi è volontà di produrle, ma come volontarie. Se non che la legge non considera negli art. 362 e 391, che la sola persona la quale è presa di mira. Così chi ha solamente intenzione di ferire ed ammazzi, è punito qual omicida. Che diremo intanto, se alcuno vibri un colpo unicamente nel fine di ferire una gamba, e quello, o per troppa forza, o per deviamento, o per rimbalzo vada ad uccidere un fanciullo? Sarebbe giusto, che punito il reo qual omicida volontario,

---

(1) *Culpam autem esse, quod, cum a diligente provideri poterit, non esset provisum.* Paulus, l. 31, D. IX, 2, *ad leg. aquiliam.* — V. nel vol. 2 delle nostre *Quistioni* il § 16 e segg. del n. II, ed il § 7 del n. VII.

(2) *Natura iuris ab hominis repetenda est natura.* Cic. *de legibus*, I, 5. — *Stirps iuris a natura* Ibid. 7.

se della ferita alla gamba morisse colui che l'offese, fosse poi punito di semplice negligenza ove ne muoia chi non l'offese giammai?

9. Le quali dubbiezze si riproducono ogni giorno, sol perchè dalle scienze morali non sono ancora sbandite del tutto le dottrine de' materialisti. Gretta questa scuola e circoscritta a' soli interessi individuali, non serve che a dar vita e potere ad una fatalità cieca ed al caso. Restituiscasi al principio morale l'estensione che gli dà la conscienza universale e la religione; rimangano essenziali ad esso i rapporti dell'umanità, più che dell'individuo; se ne trasportino le applicazioni alla legislazione positiva; e tutto allora riuscirà chiaro e spontaneo.

10. Quel che diciamo *dritto mio*, *dritto tuo*, in tanto son *dritti*, in quanto son relativi alla gran famiglia del genere umano. L'utile o il danno mio, l'utile o il danno tuo, isolati da ogni superiore e general rapporto comune, sarebbero termini d'individuale *egoismo*, la cui opposizione rimarrebbe eterna, se nella conscienza di ognuno non sorgesse spontaneo un terzo termine, cui ed il mio ed il tuo si ragguagli, e che li giudichi col sentimento ingenito d'una natura a tutti gli uomini comune. Questo è il *tipo* cui ogni individual ragione, cui ogni affetto particolare naturalmente rapportasi, e dal rapporto di uniformità ad esso o di contrarietà che ne nasce, ogni azione individuale prende carattere e misura d'imputazione; *tipo* eterno e immutabile, come eterna e immutabile è nella mente del Supremo Artefice l'idea creatrice e conservatrice della umana natura. Togliete questo di mezzo, e lo stato di guerra, con tutti gli orrori delle sue violenze, rendute più distruttrici e dolenti dalle più vili perfidie, diverrebbe lo stato naturale dell'uomo. A che allora disputare di dritto? Cicerone protestava ad Attico epicureo, non poter con lui ragionare di leggi, s'ei non dismettesse le opinioni del-

la sua setta (1); principio universale cui PUFFENDORFIO sconobbe, e da cui GROZIO volle prescindere (2).

11. Per le quali cose è da dire, che se non fosse contrario al dritto dell' umanità lo spegnere un uomo, l' omicidio dell'individuo non sarebbe imputabile. La legge divina pronunzia in generale: *non occides*; e la legge positiva vi dice: *cum inter nos cognationem quamdam natura constituit, consequens est hominem homini insidiari nefas esse* (3). Da questa prescrizione che prende di mira la sicurezza della umanità tutta intiera, riceve il marchio di riprovazione l'omicidio del tale o del tal altro: se tu non fossi parte di essa, la tua uccisione non potrebbe esserne sigillata. Quando dunque tu deliberi di uccider Pietro, in tanto sei imputabile, in quanto deliberi di uccidere un uomo. Se in vece di Pietro, col tuo colpo volontario uccidi Paolo, tu uccidi per fermo volontariamente un uomo, ed offendi il dritto della umanità ugualmente che se uccidessi Pietro. L' uccidere un uomo è ciò ch' è *principale* nella tua intenzione e nel fatto: ch' ei sia Pietro o sia Paolo è mera modificazione della umana figura: il deviamento del colpo, come l'errore nella persona, è fuori di te ed accidentale (4). La volontà d' in-

---

(1) *Cic. de legibus*, I, 7.

(2) Osservazione di VICO, nella fine della sua *Conclusione* della *Scienza nuova*.

(3) EXODI, XX, v. 13. DEUT. V, v. 17. MATT. V, v. 21 — FLORENTINUS, l. 3, D. I, 1, *de iustitia et iure*. — V. nella seconda edizione del vol. 2 delle nostre *Quistioni* il n. XXXI.

(11) *Si iniuria mihi fiat ab eo cui sim ignotus; aut si quis putet me Lucium Titium esse, cum sim Caius Seius*, PRAEVALET QUOD PRINCIPALE EST, *iniuriam eum facere velle: nam* CERTUS EGO SUM, *licet ille putet me alium esse.* PAULUS, l. 18, § 3, D. XLVII, 10, *de iniuriis*. Qui dunque, secondo PAOLO il reato è *doloso*, comecchè l' ingiuria si avesse voluto sol fare a Tizio, e fosse caduta in Seio. E si avverta che questa legge è dello stesso autore che fissa il princi-

frangere i dritti della umana cognazione, investe ed informa il tuo colpo fino a' suoi ultimi effetti.

12. S' immagini che dietro un albero ti sembri vedere il tuo nemico, e nel proposito di uccider costui, tu uccida l' amico: non sarebbe risibile se tu volessi sostenere esser l' omicidio semplicemente colposo? E perchè ciò? Perchè *praevalet quod principale est*, e questo *principale* nell' intenzione e nel fatto è di uccidere un uomo. La causa particolare di questo fatto in costui più che in colui, la mira più ad una persona che ad un altra, possono imprimervi diverse qualità; ma sempre è vero che

Multis minatur qui uni facit iniuriam (1).

Ciascuno ch' entro la sfera di azione di un colpo volontario ne viene ucciso, è ucciso volontariamente. Se fosse necessario che nel proposito dell' agente fosse preso l' ucciso nominatamente di mira, non sarebbe omicida volontario chi ebbro d' ira ferisse a dritta ed a manca quanti incontra per via, senza pur degnarsi di fissarne alcuno in pensiero. La pruova generica forma la base d' ogni penale procedimento; e la volontà di uccidere in generale forma la base d' ogni imputazione particolare della uccisione di questo o di quello.

13. Di cento e mille omicidii volontarii, diversi di qualità e di gradi d' imputazione, un solo è il subbietto comune, la volontaria uccisione del suo simile. Le leggi positive nel considerarne più a minuto gli accidenti e differenziare l'un caso dall' altro, partono tutte dal fondamento comune, che ne forma il principio: tutti i casi particolari non espressamente preveduti, rientrano naturalmente in esso.

---

pio de' reati *colposi*. V. *sopra* il § 7 in *nota*. Quel *certus ego sum*, è nel senso del terenziano, *equidem* CERTO *idem sum ac semper fui*; coscienza individuale, ma in rapporto al passato e al presente, ed alla umanità tutta intiera.

(1) Sentenza di PUBLIO SIRO.

14. Che se d' intenzione sì rea cercate svolgere negli elementi suoi il tristo viluppo, perchè mai il colpo volontario rende l' uomo responsabile dell' omicidio? Perchè l' intenzione vi va d' accordo con la previdenza che i mezzi impiegati al suo fine debbono per legge fisica raggiungerlo. E tu non sai prevedere che il piombo mortifero, trapassando o rasentando il corpo del tuo nemico, o rimbalzando da piastra o da muro, può andare a cogliere il vicino? Manifesto è per fermo il tuo voto:

Pur che il reo non si salvi, il giusto pera (1).

Che importa che un voto sì truce s' involva mal distinto fra gli altri tuoi criminosi pensieri? Questa è la logica de' malvagi. Per ogni offesa ch'essi ricevono, o che sembra ad essi aver ricevuta da un uomo, prendono facilmente a sdegno tutta la costui famiglia, gli amici, i cittadini, l' umanità, tutta intiera. Da ciò il dispregio di ogni altro, per cui nulla curano, se vittime della loro particolar vendetta, cadano gl' innocenti, pur ch' ella a vôto non cada.

15. Se non che pur questo ci è pruova, che l' uomo pervertito, anche nella sua rabbia di non vedere che sè e d' isolarsi da tutti i rapporti umani e distruggerne l' armonia (1), non può in se distruggere l' umana natura, che andando sempre da' particolari al generale, tende a generalizzar finanche lo scopo delle sue ree passioni: egli vede l' umanità nel suo nemico, ed il suo nemico nella umanità. Fortunata-

(1) Tasso, *Gerusalemme*, II, 12.

(2) *Coecus amor sui,*
Et tollens vacuum plus nimio gloria verticem,
Cum fas atque nefas EXIGUO FINE *libidinum*
Discernunt avidi.

Così Orazio nella sua ode 18 del libro I. Quell' *esiguo fine*, fine gretto e particolarissimo dell' *egoismo*, o sia del *cieco amor di sè*, mostra nel poeta filosofo ciò che dicemmo alla fine del § 57 in *nota* nel trattato sul tentativo. V. *sopra*, il § 9.

mente l' uomo virtuoso segue del pari dal lato opposto il principio medesimo: le sue azioni guardano il bene più della patria e della umanità, che dell' individuo: legge eterna, dalla quale uscirebbe un legislatore di ordini civili, s' ei non mirasse a secondarla e promuoverla in quei che procedono per la via di quella, e reprimerne ne' malvagi il pervertimento.

16. Quando dunque la legge positiva statuisce una pena per l' omicidio volontario, ella non guarda che due estremi; la volontà in generale di uccidere un uomo, ed il fatto dell' uccisione effettiva, prodotta da colpo che da quella volontà è animato. Tentato omicidio volontario è il reato che risulta dall' esser mancata di effetto tal volontà diretta contro chi fu preso di mira; omicidio consumato volontario è quello che risulta dall' uccisione che il colpo stesso effettivamente produsse.

17. Se non che quando la legge discende a dar qualità a questo o a quell' omicidio, se p. e. ei sia giustificato, o scusabile, o aggravato da circostanze maggiori delle ordinarie, allora è che guarda le cause particolari del fatto, e le ragioni individuali ne' rapporti tra l' agente e la persona che costui prende di mira. Ove queste manchino a rilevarne la specie, si rientra nel genere, e l' omicidio è semplicemente volontario (§ 13). Co' quali principii è facile lo scioglimento della seconda quistione (§ 3). Il grado di consiglio e di volontà, riconosciuto dalla legge nel fatto, è quello che investe il colpo al primo uscirci di mano; e quando questo segue fuori di noi le leggi sue fisiche, non può in tutto il suo corso rappresentare altro consiglio nè altra volontà che il primo consiglio, la prima volontà che lo mosse; nè per varietà di accidenti acquista un grado diverso (§ 5). Il che fia più sensibile distinguendone i casi.

18. Viene innanzi a tutti l' omicidio giustifi-

cato. Se alcuno nella necessità attuale della legittima difesa, vibri un colpo contro l'ingiusto aggressore, la forza che mosse prima la sua volontà e quindi il suo braccio, è il desiderio innato della propria salvezza, non quello del meritato altrui danno. Che se il suo colpo ferisce un altro ch' egli abborria di offendere, *praevalet quod principale est* (§ 11 c 12): il volere il proprio scampo, e non la morte di alcuno, è lo spirito che informa l'atto per tutto il suo corso ed in ogni parte di esso, ovunque ci vada a fermarsi (1). Lo stesso è negli omicidii scusabili per provocazione o per rissa. Il consiglio e la volontà di uccidere non sono intieri: l'indole del loro primo concepimento in un animo agitato fra sentimenti procellosi che offuscano la ragione, rimane una e la stessa, e quando il dardo striscia il crine di chi è preso di mira, e quando subitamente va a toccare il cuore dell' altro (2). Volontario tentativo di omicidio scusabile è nel primo uomo; volontaria consumazione d' omicidio scusabile è nel secondo. Più miserevole certamente è la ferita di costui; ma miserevole ugualmente è il caso di chi riceve un colpo mortifero da vase gettato in istrada di città innavvertentemente da una

(1) Quistione da CICERONE in poi troppo dibattuta fra gli scrittori delle scienze morali, particolarmente in alcuni casi. Noi ne ragioniamo secondo l' uso de' giudizi e del foro nell' applicazione delle leggi positive.

(1) Rammento aver io stesso giudicato un individuo della forza pubblica, che portatore d' un mandato di arresto contro un delinquente, s' impadronì di costui per Toledo, nell' ora che questa via popolatissima suol essere più affollata di gente. Il reo così raggiunto, trasse dal petto uno stile, e rovesciato a terra l' uomo di polizia, fuggì. Ma questi risorgendo all' instante, gli vibrò un colpo di schioppo, che per i movimenti del provocatore, rapidissimi e serpeggianti tra la folla, tradì la sua mira, e colpì una donna. *Sternitur infelix alieno vulnere.* L' uccisore ebbe la pena dell' omicidio volontario, ma scusabile, perchè provocato da misfatto contro persona pubblica.

finestra: chi lo getta non è punito che di omicidio involontario, commesso innavvertentemente per inosservanza de' regolamenti. L' oggetto ferito non può tramutare il grado della volontà precedente del feritore.

19. Però ognun vede che ne' casi sopra figurati, unica e sola debb' essere l' azione la quale produca nel suo corso effetti non voluti; quella stessa cioè che è diretta contro l' aggressore, contro il provocatore, contro il corrissante. S' ella devia per causa fisica, benchè apparentemente indipendente dal reo, e non produca alcun effetto dannoso, o il produca più lieve della sua intenzione, ei ne ha tutto il giovamento per la nostra legge sul *tentativo*: vi adoreremmo i decreti della Provvidenza ch' ebbe misericordia e del reo e del suo nemico, scampando costui dalla morte, e colui da' rimorsi e dalla pena d' un omicidio consumato (1). E così se il deviamento o il progresso del colpo dia compimento alla rea volontà, benchè contro altri, ei dee soffrirne tutta la pena, ma con la stessa misura che gli conveniva se avesse ucciso il nemico. Per lo che se l' azione si rinforza o disvia per nuova forza applicata dall' agente, l' altro omicidio che ne nasce non può più dirsi giustificato nè scusabile: la volontà nuova aggiunta all' antica vi prevale: essa è la vera causa della morte. Tale abbiam giudicato chi ripercuotendo con un calcio l' uomo che lo avea percosso di calcio, urtò e fece cadere un fanciullo; e tosto nel furor dell' ira, quasi che costui, partecipando di un colpo non suo, fosse reo di averne divisa la forza, reiterò ferinamente il calcio sul tenero fianco di lui, e lo uccise. La legge de' 20 maggio 1808 lo avrebbe condannato nel capo, come reo di omicidio brutale.

20. Or se la volontà verso di colui che si

(1) V. nel detto nostro trattato del tentativo i §§ 3, 15 e 17.

prende di mira, rende giustificato o scusabile l'omicidio che dalla stessa azione volontaria risulti in persona altrui, non vi è ragione di considerarvi diminuita l'imputazione negli omicidii qualificati. Tali sono gli omicidii premeditati, ne' quali prevale sempre il disegno formato prima dell'azione, ancorchè contro persona non determinata; tale l'omicidio intervenuto nello stupro e nel furto, benchè non in persona della stuprata nè del derubato; tale è il vero omicidio *innoxii pro noxio*, nel quale a disegno, per offesa ricevuta, si voleva uccider colui che non fu l'offensore, e si uccida di fatto un altro che il reo non prefisse; tale è il veneficio, benchè il veleno già propinato, sia bevuto inavvertentemente da altri. Disposizioni espresse di legge sono queste, sempre più dimostranti che la sicurezza dell'uomo in generale, e nel riguardo a tutta l'umanità, rende sì sollecita la legge (1). Ciò fia suggello che disinganni ogni uomo di diversa sentenza.

21. Se non che la premeditazione, l'omicidio che interviene nello stupro o che accompagna il furto, l'omicidio dell'innocente per lo reo, il veneficio, presentano qualità inerenti al fatto ed alla sua causa, non alla persona che si prende di mira, e così qualunque sia questa, sempre l'imputazione è la stessa. In questi casi le leggi garentiscono tutta, quanta ella è, l'intiera umanità, senza distinguer persona o qualità di persona. Che sarà del parricidio, coniugicidio, fratricidio, omicidio di magistrato come magistrato, o di sentinella come sentinella; quando presa di mira una di tai persone, il colpo vada a colpir altra che non è garentita con sanzioni sì forti? Le qualità puramente personali non si comunicano fra i complici di un fatto medesi-

(1) Per gli omicidi premeditati è detto espressamente nell'art. 351 ll. pp. *anche contro la persona d'un individuo indeterminato*; per gli altri casi, leggansi gli art. 342, 350, 352, 418 delle stesse ll. pp.

mo (1); e sembra ch'esse nemmeno possano passare da vittima a vittima di un fatto unico, qual è quello che è mosso da un unico atto di volontà. Quando si andrebbe a punir di morte il parricidio consumato, si troverebbe illeso il genitore, ed ucciso un estraneo. La garentia di costui non può esser maggiore di quella di ogni altro suo pari. Se dunque il parricidio sarebbe stato semplicemente volontario, tolta la qualità di genitore che non ha l' ucciso, il reo è colpevole di omicidio semplicemente volontario. Due avvertenze però giova qui fare. La prima è, che la qualità personale di *genitore* è comune così al padre che alla madre ed a tutti gli ascendenti. Per lo che se invece del padre si uccida la madre o altro ascendente, la condizione stessa che si sarebbe verificata nel primo omicidio, o e questo si fosse verificato, si è verificata pure nel secondo. La seconda avvertenza è, che se per qualunque provocazione che fosse venuta dal padre, il parricidio sarebbe stato inescusabile per percossa ricevuta o per rissa, niuna scusa ha il colpevole nel suo principio di azione, nè può rivendicarla più quando in vece del padre ha colpito un altro infelice.

22. Il che offre un passaggio agevole alla terza quistione (§ 3). Che sarà se preso un estraneo di mira, il colpo vada a ferire il proprio padre, il figlio, la moglie, o altre sì giunte persone, che la legge ne porti al sommo l' imputazione e la pena? Queste qualità personali che aggravano l'omicidio consumato in sì fatte persone, debbono non solo verificarsi nell' ucciso, ma entrare nel disegno dell' agente, tal che chi non agisce con intelligenza non può dirsi mai parricida (2). Nel calcolare

(1) Art. 76 e 77 ll. pp.

(2) Macer, l. 14. D. I, 18, *de officio praesidis.* — Modestinus, l. 9, D. XLVIII, 9, *ad leg. pompeiam de parricidiis.* — I due giureconsulti parlano del furore: il principio è lo stesso per ogni errore intorno alla persona.